

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES
ACTES D'ADMINISTRATION
DISCRÉTIONNAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Jeudi 27 Janvier 1916, à 3 heures du soir

PAR

FRANÇOIS LEVÊQUE

Président : M. JACQUELIN, *professeur.*

Suffragants { M. LARNAUDE, *professeur.*
 { M. JOSEPH BARTHÉLÉMY, *professeur.*

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU
RECUEIL SIREY
Anne M^{son} Larose et Forcel
LÉON TENIN, Directeur
22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

1916

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

LES
ACTES D'ADMINISTRATION
DISCRÉTIONNAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Jeudi 27 Janvier 1916, à 3 heures du soir

PAR

FRANÇOIS LEVÊQUE

Président : M. JACQUELIN, professeur.

Suffragants { M. LARNAUDE, professeur.
 { M. JOSEPH BARTHÉLÉMY, professeur.



LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU
RECUEIL SIREY
Anne M^{son} Larose et Forcel
LÉON TENIN, Directeur
22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

1916



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LES ACTES

D'ADMINISTRATION DISCRÉTIONNAIRE

PREMIÈRE PARTIE

LES DOCTRINES RELATIVES AUX ACTES D'ADMINISTRATION DISCRÉTIONNAIRE

§ 1. Le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir limité de l'Administration et distinction entre le droit violé et l'intérêt lésé.

Pour définir les actes d'administration discrétionnaire par opposition aux autres, il faut faire appel à la distinction classique qui domine le droit administratif sanctionnateur : la distinction entre le droit violé et l'intérêt lésé. Les actes d'administration discrétionnaire sont ceux qui ne peuvent léser que des *intérêts*. Les autres actes de l'administration, ceux qu'elle fait avec un pouvoir limité (par un texte de loi), peuvent violer les *droits* des particuliers.

De cette première et fondamentale différence en résulte une autre :

Les actes d'administration discrétionnaire n'ou-

vrent que le recours gracieux sous toutes ses formes, notamment sous celle du Recours pour excès de pouvoir (sauf pour violation de la loi). Au contraire les actes du pouvoir limité ouvrent le recours contentieux, car les droits qu'ils lèsent sont basés sur des actions.

Cette distinction entre la violation du droit et la lésion de l'intérêt est rejetée par certains auteurs, notamment M. Michoud, et avec elle, bien entendu, disparaît la conception des actes discrétionnaires qui vient d'être indiquée. Ces auteurs prétendent que l'opposition entre le droit violé et l'intérêt lésé ne correspond à rien dans les faits.

A l'inverse, M. Jules Renault, dans sa thèse sur les actes discrétionnaires (Paris 1899), sans rejeter la distinction entre le droit et l'intérêt, nie qu'elle puisse servir de base à l'analyse de ces actes.

Enfin, une troisième catégorie d'auteurs rejette notre théorie : ce sont MM. Hauriou, Duguit, Helbronner qui nient l'existence même d'actes discrétionnaires, comme d'ailleurs M. Michoud, mais pour des raisons différentes, et qu'il est impossible d'expliquer avant d'avoir étudié toute la jurisprudence. Nous exposerons cette dernière théorie dans la conclusion de cette étude. Bornons-nous, pour le moment, à examiner les deux premières :

a. — M. Michoud, dans son « *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration* » (Paris, 1913,

Librairie générale de droit et de jurisprudence) commence par donner une *notion générale* de ce pouvoir. Tantôt, dit-il, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration se trouve limité à ce qu'il nomme « le choix de l'heure », c'est-à-dire que l'Administration doit prendre telle décision que lui dicte expressément la loi, mais elle peut le faire à son heure; il donne comme exemples de tels cas les décisions prises par le maire, sur une demande d'alignement individuel — par le ministre, sur une demande d'autorisation formée par une société de secours mutuels, — par le préfet, sur une demande de dérogation à la loi du 13 juillet 1906. Ces fonctionnaires voient leur décision étroitement déterminée par les textes. Mais ils ont le choix de l'heure (*op. cit.*, pp. 10-12). Mais le plus souvent, dit M. Michoud, le pouvoir discrétionnaire a son plein effet : l'Administration est libre de choisir non seulement le moment de prendre la décision, mais la nature même de cette décision. Selon la formule de M. Michoud, le pouvoir discrétionnaire comporte ici l'appréciation de l'opportunité (*op. cit.*, p. 16). C'est le cas pour les déclarations d'utilité publique, les dissolutions de congrégations, ou d'assemblées électorales, les révocations et nominations de fonctionnaires. M. Michoud ajoute que d'ailleurs, ce pouvoir n'est pas, même dans ces derniers cas, un pouvoir arbitraire : il reste soumis à la sanction du détournement de pouvoir. Abordant ensuite l'étude de détail, M. Mi-

choud s'attache à montrer quelle est l'utilité de la notion du pouvoir discrétionnaire (*op. cit.*, p. 29). Selon lui, là où il y a pouvoir discrétionnaire au profit de l'exécutif, il ne doit pas y avoir « contrôle juridictionnel *a posteriori* ; les tribunaux administratifs, même le Conseil d'État ne doivent pas pouvoir examiner l'opportunité de la décision. Ils ne peuvent qu'apprécier sa légalité. Selon la formule de M. Michoud à la fin de son étude (*op. cit.*, 108), le Conseil d'État peut bien chercher si les limites du pouvoir discrétionnaire ont été dépassées, (question de légalité), mais non pas si l'Administration a fait un usage bon ou mauvais de son pouvoir (question de l'exercice du pouvoir).

On oppose à M. Michoud la théorie du détournement de pouvoir, en vertu de laquelle le Conseil d'État annule les décisions prises par l'Administration dans un but autre que le but légal. Or, il semble bien qu'un tel contrôle emporte, au profit du Conseil d'État, l'appréciation des motifs de l'acte, non seulement au point de vue de sa légalité, mais encore au point de vue de l'opportunité et de la bonne administration. Quoiqu'il en soit de ce point que nous examinerons en détail dans la conclusion, M. Michoud s'élève avec force contre cette théorie. Selon lui, la question : « Y a-t-il eu ou non, détournement de pouvoir » est une question de pure légalité (*op. cit.*, p. 32 s.).

Dans une troisième section, M. Michoud, passe en revue tous les critères que l'on a donnés du pouvoir discrétionnaire. Il montre que pas un ne suffit à lui seul à définir ce pouvoir. Il ne faut pas dire que l'Administration aura un pouvoir discrétionnaire dans les questions de pur fait, qu'elle seule peut apprécier ; car on ne peut s'accorder sur ce qu'il faut entendre par là. Il ne suffit pas non plus de dire : l'Administration jouit d'un pouvoir limité quand elle est en face d'une question de légalité et d'un pouvoir discrétionnaire quand elle est en face d'une question d'opportunité, « car il dépend de la loi d'ériger en question de légalité ce que l'opinion commune considère comme « une question d'opportunité. » (*Op. cit.*, p. 39).

Il s'en prend enfin à la distinction classique entre le droit violé et l'intérêt lésé, celui-ci correspondant au pouvoir discrétionnaire, celui-là au pouvoir limité. Il lui oppose l'organisation actuelle du recours pour excès de pouvoir qui est ouvert devant le Conseil d'État pour une simple lésion d'intérêt. Or, pour M. Michoud, le recours pour excès de pouvoir est devenu « certainement contentieux » depuis 1872 (*Op. cit.*, p. 16). Voilà donc une véritable action qui sanctionne en justice un simple intérêt ? Nous croyons qu'il n'en est rien. Dire que les actes discrétionnaires peuvent être annulés par le recours pour excès de pouvoir, (sauf pour le grief de violation de la loi) et dire que ces actes ne peuvent léser que des intérêts,

n'est pas contradictoire, par ce simple motif que, en réalité, le recours pour excès de pouvoir est resté un recours gracieux. S'il est jugé par le Conseil d'État, c'est parce qu'il est la forme moderne des réclamations pour incompétence, portées jadis, avec le recours en cassation, devant le roi, chef suprême de l'Administration. Or, c'est toujours comme conseil du souverain que le Conseil d'État se comporte quand il statue sur un excès de pouvoir; cela reste vrai aujourd'hui encore, malgré la réintroduction de la justice déléguée par la loi du 24 mai 1872 (art. 9). Ne nous y trompons pas, le Conseil d'État se considère de plus en plus comme le supérieur hiérarchique commun de tous les administrateurs. Il admet les recours portés devant lui *omisso medio* contre les actes des administrations locales; il étend sa juridiction aux contrats qui intéressent les départements et les communes.

Bref, le recours pour excès de pouvoir est non seulement gracieux, par sa nature, mais il est devenu l'échelon suprême du recours hiérarchique. Voici à ce sujet ce que dit M. Hauriou à l'article Droit Administratif du Répertoire Béquet (N° 53) : « ensuite, par le recours pour excès de pouvoir elle (la juridiction administrative) a action sur la fonction administrative elle-même, puisque pour des vices intimes des décisions administratives, elle peut les annuler sans qu'il soit nécessaire que les particuliers lésés aient

de véritables droits à invoquer; elle fait œuvre de préteur, imposant peu à peu le droit et la régularité à l'arbitraire administratif, aussi bien contre les actes de l'Administration centrale que contre ceux des administrations locales et contre les actes les plus discrétionnaires; il est l'œil vivant de la légalité allant inspecter les recoins les plus sombres de l'Administration si compliquée d'un grand pays».

La meilleure réponse à M. Michoud se trouve dans la thèse de M. Bahuet sur le *Detournement de pouvoir* (Paris, 1912, t. 23, p. 28). Il s'exprime ainsi, dans les sections intitulées : Caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, — et Intérêt exigé pour introduire le recours.

Caractère objectif des recours pour excès de pouvoir. —
« A vrai dire le Conseil d'État ne joue pas, en cette
« matière, d'autre rôle que celui d'un supérieur hiérar-
« chique qui, relevant dans l'acte d'un subordonné la
« violation d'une loi de forme ou de compétence, prononce
« l'annulation de cet acte..... En réalité, la décision du
« Conseil d'État n'est juridictionnelle qu'en la forme,
« elle ne l'est point au fond. Un jugement proprement
« dit ne se conçoit qu'intervenant pour trancher un litige,
« au sens vrai du mot. Dans l'hypothèse du Recours
« pour excès de pouvoir, il n'y a pas de litige au sens
« vrai du mot; c'est-à-dire qu'on n'aperçoit pas le choc
« de deux prétentions contradictoires, relativement à
« une situation juridictionnelle..... Il n'y a pas de défen-
« deur au procès; le fonctionnaire, auteur de l'acte attaqué
« n'est même pas mis en cause et l'Administration n'est
« pas une personne susceptible d'être partie à un procès.

« En second lieu, le demandeur au recours, ne réclame
« pas la consécration d'un droit subjectif, contesté ou
« méconnu; il se borne à affirmer qu'une loi de compé-
« tence ou de forme a été violée. Sur son initiative, qu'il
« fallait bien admettre, car les fautes des agents adminis-
« tratifs ne sauraient être dénoncées avec plus de dili-
« gence que par ceux qui en subissent les conséquences,
« le Conseil d'État est saisi : c'est une question de légalité
« objective qu'il a à résoudre. Pour mieux étayer son
« opinion, pour la mettre à l'abri de toute suspicion,
« il examine cette question en la forme juridictionnelle
« et donne à la décision qu'il prend toutes les garanties
« qui accompagnent un jugement rendu sur une situation
« subjective.

« *Intérêt exigé pour introduire le recours.* — De ce que
« le recours pour excès de pouvoir, simple demande fondée
« sur la violation des règles objectives de compétences
« ou de formes, prend les apparences d'une action conten-
« tieuse, la règle traditionnelle « pas d'intérêt, pas d'action »
« s'impose au demandeur en recours..... Mais, dira-t-on,
« un intérêt protégé par une action, n'est-ce pas précisé-
« ment la consécration d'un droit subjectif? — On pour-
« rait à la rigueur admettre cette assimilation sans crainte
« de détruire la conception objective du recours, car l'inté-
« rêt du demandeur ne constitue pas la cause de l'action,
« c'est une simple condition de recevabilité; la raison
« d'être essentielle du recours, c'est uniquement la viola-
« tion de la loi. Mais nous allons plus loin; il ne nous
« semble pas que l'intervention d'un droit subjectif puisse
« se manifester, même à titre subsidiaire, dans le recours;
« s'il en était ainsi, une part, si minime soit-elle, du résul-
« tat de l'action devrait correspondre à cette intervention.
« Or, le Conseil d'État se borne à annuler l'acte adminis-
« tratif sans se préoccuper des conséquences de sa déci-
« sion à l'égard de l'intérêt privé qui l'a provoquée.....

« Sous sa forme juridictionnelle, c'est (la décision) « un acte de puissance publique tranchant une question de légalité objective d'une valeur générale et « absolue. »

Alors, comment savoir les cas où l'Administration possède un pouvoir discrétionnaire? C'est ce que M. Michoud (*op. cit.*, p. 53) essaye de dire dans une section quatrième. Il faut se placer au point de vue pratique et pour chaque catégorie de décisions administratives se demander s'il est désirable de les soumettre à un tribunal jugeant d'après des règles fixées à l'avance ou s'il vaut mieux en laisser le choix absolu à l'appréciation des administrateurs actifs (*op. cit.*, p. 53). Quelques grandes divisions peuvent d'ores et déjà être admises. Il faut distinguer suivant qu'on est en présence d'une abstention ou d'un acte de l'administration. Et parmi les actes, il faut séparer les actes d'autorité et les actes de gestion.

I. REFUS D'AGIR (*op. cit.*, p. 54). — Les abstentions ou refus d'agir sont presque toujours discrétionnaires. L'administration française est « juge de l'opportunité de ses initiatives » (p. 54. Cf. aussi p. 15). Elle peut négliger de percevoir un impôt, d'appeler un homme sous les drapeaux, de faire fermer des usines insalubres non autorisées, et seulement tolérées, de dresser une contravention. D'ailleurs même les obligations positives édictées par la loi à la charge de l'Administration n'ont pas

de sanction juridictionnelle, le Conseil d'État ne se reconnaissant pas le droit d'adresser des injonctions à l'Administration; il se borne à annuler les refus illégaux et à renvoyer le requérant devant l'Administration pour la délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit.

II. ACTES POSITIFS.— A. ACTES DE GESTION (*op. cit.*, p. 58). — Sans égards pour les notions reçues jusqu'ici, M. Michoud n'hésite pas à poser la règle suivante : les actes d'autorité ne sont pas en général discrétionnaires. A l'inverse la discrétionnarité est la règle parmi les actes de gestion. Il démontre cette thèse de la manière suivante : pour ses actes contractuels, l'Administration est entièrement libre d'agir comme elle l'entend, ou de s'abstenir. Il en est de même en général, à l'égard de tous les actes relatifs à la gestion et au fonctionnement des services publics : leur création, leur recrutement, etc..... M. Michoud range ici les nominations de fonctionnaires et les actes de pure faveur : décorations, congés, grâce, gratifications, assistance publique, etc..... (*op. cit.*, p. 59).

B. ACTES D'AUTORITÉ (*op. cit.*, p. 66). — Ici l'Administration impose aux particuliers, sans leur consentement, des obligations et restrictions de droits. Elle doit donc être enfermée dans des limites légales précises. Ici la discrétionnarité est l'exception, mais elle n'est pas rare. C'est un résidu du despotisme

royal que la doctrine et la jurisprudence doivent se donner pour tâche de réduire par des assauts infatigables. Sont seuls discrétionnaires parmi les actes d'autorité ceux qui comportent une appréciation *touchant l'avenir* ou qui sont *motivés par des faits imprévisibles* à l'avance, à raison de leur nombre et de leur variété (*op. cit.*, p. 69). Dans la première catégorie, il range : les déclarations d'utilité publique; les actes de tutelle administrative; la police.

Dans la deuxième catégorie, il met : les actes disciplinaires relatifs aux fonctionnaires et leur révocation; les permissions de voirie et autres (mais pas les retraits de permissions, qui sont limités).

Exceptions. — Autorisation et retrait d'autorisation d'ouvrir un établissement dangereux (la décision peut être annulée par les tribunaux administratifs); approbation des statuts des sociétés de secours mutuels; autorisation ou refus de déroger au repos hebdomadaire; délivrance ou refus de permis de chasse. Dans ces cas-là la décision de l'Administration est étroitement déterminée par les textes légaux, il n'y a plus de pouvoir discrétionnaire.

Passant ensuite (Sections V et VI, p. 76) aux limites du pouvoir discrétionnaire, M. Michoud examine successivement celles qui résultent des lois de compétence, de forme, de fond et surtout de but : C'est la théorie du détournement de pouvoir (p. 84). Le Conseil d'État s'arroge le droit de connaître d'une

décision discrétionnaire si elle est le résultat d'un détournement de pouvoir.

D'ailleurs, M. Michoud nie qu'à la faveur de cette théorie, le Conseil d'État se soit jamais immiscé dans l'appréciation de l'opportunité. Il infère le détournement des pièces du dossier qui lui est soumis, mais il n'entre pas dans le processus intime de la volonté administrative.

D'ailleurs il existe encore à l'heure actuelle plusieurs catégories de mesures administratives que le Conseil d'État ne se reconnaît pas le droit de juger, même si elles sont entachées de détournement. C'est consacrer ainsi l'existence d'une espèce juridique particulière : l'acte discrétionnaire par nature. M. Michoud le reconnaît, tout en blâmant cette jurisprudence (pp. 19 et 101). D'après lui, et c'est ce qu'il essaye de montrer dans sa dernière section (109), il n'y a pas d'actes discrétionnaires à raison de leur nature; n'importe quel acte administratif échappe au recours, si le grief invoqué contre lui est tiré, non pas de la *limite* du pouvoir discrétionnaire — ce qui est une question de droit, qui est de la compétence des tribunaux administratifs, — mais de *l'exercice* de ce pouvoir, de son bon ou mauvais emploi. Cette question ne relève que de l'appréciation administrative.

Au cours de cette étude, nous retrouverons plusieurs fois la théorie de M. Michoud et nous pourrons

alors la discuter en détail. Qu'il nous suffise, pour le moment, d'y répondre par la formule de M. Jacquelin, à son cours : «ce n'est pas un bon service rendre à la science que de toujours remettre en question les notions les mieux reçues. » On peut faire ce reproche à M. Michoud qu'il substitue une distinction confuse et obscure, bien que non entièrement dénuée de justesse, à une notion claire et précise, qui consiste à opposer la violation du droit à la simple lésion de l'intérêt.

b. Abordons maintenant la seconde catégorie d'objections que soulève la distinction classique du droit et de l'intérêt. Nous les rencontrons sous la plume de MM. Aucoc et J. Renault. Elles peuvent brièvement se résumer ainsi :

La distinction de la violation du droit et de la lésion de l'intérêt, ne peut pas servir de base à une analyse de l'acte discrétionnaire, parce que, bien souvent, la loi et la jurisprudence ouvrent un véritable recours contentieux dans des cas où l'on ne peut invoquer un droit véritable; et que, par contre, l'Administration est souvent admise à violer certains droits des particuliers, sans qu'il existe, au profit de ces derniers, d'autre recours que le recours gracieux.

«Nous prétendons que les questions contentieuses naissent souvent de l'allégation d'un simple intérêt, et qu'elles ne naissent pas toujours du froissement d'un droit. » (J. Renault, Thèse, chap. II).

Voici comment M. Aucoc s'exprimait à ce sujet :
(*Conférences I*, p. 364, n° 272).

« La formule qui oppose l'intérêt froissé au droit lésé,
« ne donne pas une idée complètement juste des cas dans
« lesquels le recours au contentieux est ouvert..... Il y
« a des cas où l'Administration est autorisée par la loi,
« dans une vue d'intérêt public, à porter une atteinte
« véritable aux droits privés, à faire subir aux citoyens,
« une contrainte, à leur imposer une servitude. Quand
« elle use de ce pouvoir, aucune réclamation ne peut
« être formée par la voie contentieuse (365). Ainsi quand
« l'Administration décide qu'un travail, une route, un
« canal, un chemin de fer est d'utilité publique, cette
« déclaration emportera nécessairement, en vertu de la
« loi du 3 mai 1841, pour les propriétaires de bâtiments
« ou terrains, qui se trouvent sur le tracé indiqué par
« l'Administration, l'obligation de céder tout ou partie
« de leur propriété..... Ils n'ont pas le droit de se faire
« maintenir en possession et l'Administration est seule
« chargée d'apprécier s'il convient de rendre la déclaration
« d'utilité publique qui aura pour effet de les contraindre
« à céder leur propriété. Il y a plus. En cas d'urgence, la
« loi du 3 mai 1841 a organisé une procédure spéciale,
« plus rapide, qui permet à l'Administration de se mettre
« en possession du terrain, sans que le propriétaire ait
« reçu l'indemnité qui lui est due. Le Conseil d'État a
« décidé que cette déclaration d'urgence ne peut donner
« lieu à un recours par la voie contentieuse (V. C. d'E. :
« *de Rochetaillée*, 8 janv. 1863). Ainsi encore l'adminis-
« tration est autorisée par divers règlements antérieurs
« à 1789, qui sont encore en vigueur, notamment les
« arrêts du Conseil du 7 septembre 1755 et 20 mars 1780,
« à faire prendre, moyennant indemnité, pour les entre-
« prises de travaux publics, dans les propriétés qu'elle

« désigne, la pierre, le grès, le sable et autres matériaux
« nécessaires..... De plus, d'après l'arrêt de 1755, l'Admi-
« nistration doit « s'abstenir, autant que possible, de
« prendre les matériaux dans les bois »..... Les termes
« mêmes de cette disposition indiquent que le propriétaire
« d'un bois ne pourra pas réclamer par la voie conten-
« tieuse contre la désignation de son terrain; le législateur
« n'a fait qu'une recommandation à l'autorité adminis-
« trative, en lui laissant le soin d'apprécier les circonstances
« (V. l'arrêt *Manté*, 30 juillet 1863) : « Considérant que la
« décision de l'Administration n'est pas susceptible de
« nous être déférée par la voie contentieuse ».....

Dans tous ces cas-là et dans bien d'autres encore, il est porté atteinte à des droits privés et pourtant, il n'existe pas de recours contentieux.

Par contre, il existe des textes législatifs qui sanctionnent par de vrais recours contentieux de simples intérêts : par exemple :

1^o L'article 7 du décret du 15 octobre 1810 permet à toute partie intéressée d'introduire un recours contentieux au Conseil d'État directement contre les actes par où le préfet autorise ou refuse d'autoriser les établissements insalubres. Il est évident que l'industriel qui se voit refuser cette autorisation n'y avait pas un droit.

2^o L'article 6 de la loi du 27 avril 1838, sur l'exploitation des mines déclare : « A défaut de paiement
« dans le délai de deux mois, à dater de la sommation
« qui aura été faite, la mine sera réputée abandonnée;
« le ministre pourra prononcer le retrait de la conces-

« sion, sauf le recours au Roi en son Conseil d'État, « par la voie contentieuse. » Or le concessionnaire ne peut invoquer ici un droit au maintien de sa concession, droit qui serait violé par ce retrait.

3° Les articles 63 et 65, loi du 5 avril 1884, prévoient un recours contentieux en annulation contre les délibérations des conseils municipaux prises en violation de la loi ou en dehors de leurs attributions. Ce recours est ouvert en l'absence de tout droit violé.

4° L'article 16, loi du 1^{er} avril 1898 (Sociétés de Secours Mutuels) limite les cas où l'approbation du préfet peut être refusée et ouvre, en cas de refus, un recours spécial au Conseil d'État, dispensé de frais.

5° Les articles 8 et 9, loi du 13 juillet 1906 (Repos hebdomadaire) ouvrent un recours contentieux devant le Conseil d'État contre les refus du préfet d'accorder des dérogations à la règle du repos hebdomadaire le dimanche. Il est évident que nul ne peut ici invoquer un droit violé, nul n'ayant le droit de déroger au principe du repos collectif le dimanche.

Voilà donc des cas où le recours est ouvert au Conseil d'État en l'absence de tout droit violé. Et il ne s'agit pas ici de recours pour excès de pouvoir, mais bien de recours contentieux, ou de recours en annulation spéciaux. Ces objections sont-elles fondées, et devons-nous, dans l'analyse du pouvoir discrétion-

tionnaire, tenir pour inutile la distinction classique entre le droit et l'intérêt?

Il n'en est rien. Nous allons essayer de montrer qu'elle garde toute sa valeur, à la condition de bien définir le sens des mots « Droit violé »; que les objections de MM. Renault et Aucoc s'évanouissent si l'on admet la définition du pouvoir discrétionnaire que nous proposons.

§ 2. Quand y a-t-il droit violé, au sens administratif?

La notion d'intérêt lésé est assez claire par elle-même. C'est la notion de droit violé qui prête à controverse. Ce serait une erreur que de vouloir prendre ici, le mot « droits » dans son sens étendu d'attributs généraux des citoyens, ou de droits naturels, ce qui comprend entre autres : les libertés individuelles, le droit de propriété, le droit d'employer librement son activité, etc.....

Avec cette acception-là, il serait trop facile de proclamer la faillite de la distinction entre le droit et l'intérêt; on n'aurait qu'à montrer, comme le fait M. Aucoc, l'Administration empiétant à chaque instant sur le droit de propriété par l'expropriation, ou sur la liberté du travail et du commerce, par la police et les lois sur l'hygiène, sans qu'un recours contentieux soit ouvert au profit des particuliers.

Si l'Administration jouit de telles prérogatives,

c'est que la loi lui permet d'agir ainsi, en ne posant pas expressément le respect de ces droits généraux comme une obligation positive de l'Administration, vis-à-vis de l'Administré. Il ne peut y avoir de droits privés violés par l'Administration que ceux dont le respect lui était explicitement imposé par une loi, au regard de telle ou telle catégorie d'individus. Bref, l'Administration peut agir librement ou s'abstenir tant qu'elle ne se trouve pas en présence d'un texte de loi mettant à sa charge l'obligation expresse soit d'accomplir, soit de ne pas accomplir tel ou tel acte vis-à-vis de tel administré, ou de telle catégorie d'administrés et tant qu'elle ne se trouve pas, selon la formule un peu naïve de Foucart, en présence d'un « droit qu'elle était obligée de respecter. » (*Eléments de droit public et administratif*, t. III, n° 1792). En dehors de ces cas-là, les particuliers ne peuvent invoquer que des intérêts non sanctionnés par des actions, et n'ont à leur disposition que le recours gracieux ou hiérarchique.

Si l'on admet cette explication, l'on voit s'évanouir l'objection de M. Aucoc. Il est légitime que l'Administration mette des obstacles à ma liberté de travailler, dès lors que je ne puis invoquer un texte formel qui dispose : dans tel cas l'Administration ne pourra pas accomplir tel acte qui nuirait à la liberté du travail.

Quant à l'expropriation de la propriété, mieux

encore : non seulement aucun texte ne l'interdit, mais la loi du 3 mai 1841 l'autorise formellement.

Pour ce qui est de l'autre partie de l'objection, à savoir les cas fréquents où la lésion de l'intérêt ouvre à elle seule un véritable recours, nous dirons que ces cas sont des exceptions, et que d'ailleurs quand le recours ouvert est le recours pour excès de pouvoir, comme pour les refus d'autoriser des dérogations à la loi sur le repos hebdomadaire, cela ne saurait que confirmer notre théorie, cette voie de redressement étant de nature gracieuse.

Passons en revue quelques droits généraux non spécifiés, quelques-unes de ces libertés fondamentales du citoyen, qu'il est loisible à l'Administration de violer sans s'exposer à un recours contentieux.

Prenons d'abord la liberté d'exercer les cultes reconnus.

Prêtre catholique, il pourrait me convenir d'organiser des processions dans les rues, de traverser la voie publique revêtu d'habits sacerdotaux pour aller porter le viatique, ou de me servir à toute heure des cloches en vue d'annoncer les offices. Je pourrais même prétendre rester par là dans l'exercice de ma liberté individuelle, de la liberté de conscience et de la liberté des cultes. Mais l'usage de ces libertés constitue un droit impersonnel et qui relève du droit constitutionnel, et non du droit administratif. Aussi, en l'absence d'un texte formel contraire,

l'Administration dira que je n'ai là qu'un intérêt non sanctionné, et qu'il doit céder devant l'intérêt général, lequel peut avoir à souffrir, pour la tranquillité publique et la paix religieuse, des processions et des sonneries de cloches. Nous essayerons de démontrer que le pouvoir discrétionnaire est précisément donné à l'Administration en vue d'opérer ce compromis entre deux intérêts qui se heurtent. L'usage qu'elle en fait ne saurait donner naissance à un recours contentieux. Tout au plus peut-on faire tomber l'acte, à la faveur d'une irrégularité, par le recours pour excès de pouvoir.

Sans quitter la question de la liberté religieuse, supposons qu'un prêtre se présente au concours de l'agrégation d'histoire. Citoyen français, il semble pouvoir légitimement invoquer le principe, posé par l'article 6 de la Déclaration des Droits, de la libre accession de tous aux fonctions publiques, sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. Cela est vrai. Seulement l'Administration doit, par ailleurs, veiller au bon recrutement des fonctionnaires. Or, à une époque où règne le principe de laïcité, un prêtre, du seul fait de sa fonction sacerdotale, qui témoigne de ses convictions religieuses, peut paraître un candidat « indésirable », et il peut sembler utile, au point de vue de l'intérêt général, de lui interdire le concours. C'est en effet ce que pensa le ministre de l'instruction publique

dans l'affaire Bouteyre (10 mai 1912), et le Conseil d'État lui donna raison; mais ceci n'est pas pour l'instant, ce qui nous préoccupe. La question est de prouver que ce prêtre ne pouvait pas, malgré les apparences, invoquer la violation d'un droit véritable.

Prenons pour terminer, les cas où la liberté du travail et de l'industrie subit des restrictions administratives au profit de l'intérêt général. Les adversaires de notre théorie disent : « L'Administration « jouit ici d'un pouvoir discrétionnaire : le pouvoir « général de police, — ce qui entraîne, pour les « particuliers atteints, la privation de tout recours « contentieux. Et pourtant nous sommes bien en « présence de véritables droits violés. En outre ici « l'Administration n'agit pas en vertu d'un texte « formel (comme la loi sur l'expropriation du « 3 mai 1841, ou la loi sur l'hygiène publique du « 15 février 1902) l'autorisant dans tel cas à sacrifier « le droit de propriété ou la liberté de travail des « particuliers. Ce sont donc des cas où la violation « du droit n'a comme contre-poids, ni l'appui d'un « texte qui l'autorise, ni la sanction d'un recours « qui la répare. L'Administration est investie d'un « pouvoir discrétionnaire. Et pourtant elle a en « face d'elle des droits véritables. C'est donc la « preuve que les deux termes « pouvoir discrétion- « naire » et « droit violé » sont quelquefois corrélatifs. »

Il n'en est rien selon nous. Prenons quelques exem-

ples : Voici une ville où l'Administration juge d'intérêt général de créer une boulangerie municipale ou de subventionner une boulangerie coopérative. Les boulangers de la ville seront gravement lésés dans leurs intérêts, mais ils ne pourront prétendre que leurs droits sont violés; ils n'avaient pas le monopole de la fabrication du pain.

De même, aucune loi ne permet à l'Administration d'interdire les courses de taureaux. Et pourtant un préfet peut prendre un arrêté d'interdiction. Cela peut léser gravement les intérêts d'un entrepreneur de spectacles, mais peut-on vraiment dire que ses droits sont violés? (V. Cons. d'Ét. *Ville de Dax*, 3 décembre 1897, S. 98.3.145.)

Ayant ainsi essayé de montrer que, sauf les cas exceptionnels où la lésion de l'intérêt ouvre un recours contentieux, les deux termes « pouvoir discrétionnaire » et « intérêt lésé » sont toujours corrélatifs, il nous reste à prouver que cette thèse est admise par tous les auteurs classiques du droit administratif.

§ 3. La distinction du droit violé et de l'intérêt froissé est classique en droit administratif. Elle est admise par la majorité des auteurs.

On trouve cette distinction formulée dans les premiers auteurs classiques du droit administratif.

Ils en font visiblement un principe fondamental de la science qu'ils venaient de créer. On la trouve notamment chez :

DE CORMENIN (1837) : *Questions de Droit Administratif*, T. I, au titre relatif au « Rejet des requêtes ».

CHAUVEAU : *Principes de la compétence et de la juridiction administrative*, T. I, 1841.

Voici comment il s'exprime au titre II (Administration active) :

N° 83 : « Les deux mots *intérêt* et *droit* me paraissent « la clé de la compétence administrative; c'est à ces deux « mots que je rattacherai ma doctrine sur le gracieux « et le contentieux..... »

N° 86 : « En droit administratif, l'*intérêt* est l'*absence* « de *droit*..... »

N° 87 : « L'*intérêt* naît : de l'avantage que peut retirer « tel individu d'une mesure administrative, ou du « désir d'obtenir une gratification, une faveur spéciale; « dans ces divers cas, on doit comprendre que l'Adminis- « tration peut froisser cet intérêt et refuser ce qui est « demandé, sans que ce refus produise un débat conten- « tieux. »

N° 88 : « Un *droit* doit être envisagé sous deux physio- « nomies : un droit proprement dit ou *primitif* et un *droit* « *acquis*. »

N° 89 : « Un droit proprement dit est celui qui est « inhérent à la qualité de propriétaire, à la qualité de « Français. »

N° 90. — Dans tout gouvernement civilisé, il est défendu « de toucher aux droits d'un régnicole par voie discrétionnaire; si le bien-être général veut qu'on y touche,

« il faut accorder la *plainte* régulière, le recours contentieux »....

N° 91 : « Le *droit acquis* prend naissance dans les actes administratifs purement discrétionnaires; mais de ce principe de droit naturel que donner et retenir ne vaut, il suit que, si l'Administration pouvait refuser la faveur qui était sollicitée, une fois cette faveur accordée, l'objet concédé, corporel ou incorporel est devenu la propriété du réclamant. C'est donc un droit nouveau que la concession a fait reposer sur sa tête, et ce droit est aussi respectable que tout droit primitif. »

Ensuite il expose ce qu'il entend par droits primitifs (T. I, page 82, N° 292 et ss.).

Au N° 306, il passe à l'analyse des droits acquis et les divise en quatre classes :

1° Droits acquis honorifiques et lucratifs (inamovibilité des magistrats);

2° Droits acquis purement honorifiques (auxquels il serait porté atteinte, par exemple, par le retrait d'une décoration);

3° Droits acquis personnels (droit des officiers ministériels de n'être pas destitués sans formalités; droit des fonctionnaires au traitement et à la pension);

4° Droits acquis réels (droits résultant d'une concession, etc...

FOUCART, *Eléments de droit public et administratif* (1843). Tomes I, N° 173; III, N° 1788.

Tome I.

N° 173 : « L'Administration agit de deux manières. Tantôt elle est revêtue d'un pouvoir discrétionnaire,

« Tantôt elle est renfermée dans les limites étroites de
« l'application d'une loi, d'une ordonnance ou d'un contrat.
« A ces deux modes d'action correspondent deux classes
« de réclamations, deux manières de les instruire et de
« les juger, deux sortes de décisions. Dans le premier
« cas les particuliers ne peuvent s'appuyer sur un droit,
« puisqu'ils critiquent une mesure à laquelle ils sont
« forcés de se soumettre, ils ne fondent leur réclamation
« que sur leur intérêt. Il n'y a là rien de contentieux, tout
« ici est discrétionnaire.

« Dans le deuxième cas, il ne s'agit plus d'un simple
« intérêt; le réclamant invoque un droit qui résulte d'une
« loi, ordonnance ou contrat. La demande alors est assujet-
« tie à des formes, soumise à des déchéances; la question
« est portée devant des juges administratifs lesquels
« sont tenus de prononcer; leurs décisions sont des juge-
« ments, lesquels ne peuvent être reformés que dans les
« cas et les formes prescrites. L'Administration alors est
« revêtue d'une juridiction, elle est vraiment conten-
« tieuse. »

N° 174 : « Donnons maintenant quelques exemples
« de ces deux classes d'affaires.

« L'Administration a le droit de déterminer la direction
« d'une route ou d'un canal. Les parties peuvent bien
« présenter leurs observations contre le projet, mais l'Ad-
« ministration, en vertu de son pouvoir discrétionnaire
« les admet ou les repousse, comme elle le juge conve-
« nable. Il n'y a aucun droit violé. »

N° 175 : « Voyons maintenant des décisions d'un carac-
« tère différent. L'Administration fait la répartition de
« l'impôt d'après des bases fixées par des lois. Si un parti-
« culier soutient que la loi n'a pas été observée à son égard,
« qu'on a mis à sa charge une quote-part plus considéra-
« ble que celle qu'il doit payer il y a là une réclama-
« tion fondée sur un droit. »

N° 176 : « Quelquefois une matière qui est discrétionnaire de sa nature peut donner lieu à un recours par la voie contentieuse : c'est quand des formalités d'instruction prescrites par une loi ou une ordonnance n'ont point été observées. Ainsi la concession des mines est dans le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, (Art. 16, loi du 21 avril 1810) mais elle doit être précédée d'une procédure administrative qui consiste dans la publication et l'affiche des demandes. Si cette procédure n'a pas été observée, les particuliers qui n'ont pas été avertis peuvent se pourvoir par la voie contentieuse et demander l'annulation, non par des motifs de fond, mais pour un vice de forme; car l'Administration était obligée par la loi d'observer cette formalité protectrice des intérêts privés; en ne le faisant pas, elle a violé un droit (tierce opposition admise par le Conseil d'État 13 mai 1818) Id. pour les formalités avant d'autoriser un établissement insalubre (15 octobre 1810, 21 décembre 1825, 13 février 1840). »

N° 177 : « Enfin toutes les fois qu'on attaque un acte quelconque de l'Administration comme rendu incompetent, ou comme contenant un excès de pouvoir, on agit par la voie contentieuse parce qu'on se plaint de la violation d'une loi et que par conséquent on se fonde sur un droit (Loi des 7-14 octobre 1790. »

Tome III, p. 265.

N° 1788 : « Lorsque malgré les précautions prises par l'Administration, un de ses actes soulève des réclamations, quelle est l'autorité qui doit les juger?... S'il s'agit de matières appartenant à l'action gouvernementale ou à l'action administrative pure, le pouvoir exécutif étant revêtu à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire, le recours se termine au ministre responsable. Ce mode de recours est qualifié de recours par

« la voie gracieuse. C'est ainsi qu'on doit se pourvoir
« contre les circulaires ou règlements faits par les minis-
« tres pour l'exécution des lois; contre les règlements de
« police, contre les décisions du ministre de l'intérieur
« approbatives des arrêtés de préfets et de maires, qui,
« dans les limites de la police administrative autorisent
« ou refusent la construction de balcons, auvents, et
« autres saillies sur la voie publique; — contre la décision
« par laquelle un ministre confirme l'alignement donné
« par le maire dans une commune où il n'y a pas de plan
« d'alignement; — contre les actes de tutelle administra-
« tive (loi municipale 18 juillet 1837). »

N° 1789 : « Lorsqu'il ne s'agit plus de prononcer sur de
« simples intérêts, mais de statuer sur des droits, l'Admi-
« nistration n'a plus seulement son caractère discrétion-
« naire, elle exerce une véritable juridiction, puisqu'elle
« prononce, après provocation des parties, sur un litige
« élevé entre elle et les particuliers. Alors l'Administration
« observe les mêmes formes que l'autorité judiciaire, elle
« a des tribunaux..... c'est le contentieux administratif. »

N° 1790 : « *Dans quel cas le recours a-t-il le caractère
« contentieux? — C'est lorsqu'il est fondé sur un droit.* Le
« pouvoir exécutif est revêtu d'une autorité qu'il exerce
« discrétionnairement par suite de laquelle il prescrit des
« mesures générales et des mesures individuelles. Les
« citoyens, obligés de s'y soumettre, ne peuvent réclamer
« contre elles en se fondant sur un droit, puisqu'il n'y a
« là pour eux, que des devoirs; ils ne peuvent que s'adresser
« à l'autorité pour la prier de faire autrement. C'est ainsi
« qu'on pourrait réclamer contre un arrêt du préfet pris
« en exécution de la loi du 21 mai 1836 sur les chemins
« vicinaux, contre l'arrêt de police municipale d'un
« maire, contre une ordonnance déclarative d'utilité
« publique, contre un arrêté du préfet qui établit un chemin
« de halage sur le bord d'une rivière navigable, etc....,

« Dans tous ces cas, où il s'agit d'actes émanés du
« pouvoir discrétionnaire de l'Administration, les parties
« ne peuvent réclamer que par la voie de simple pétition. »

N^o 1791 : « *Il ne faut pas croire que la réclamation soit
« fondée sur un droit et par conséquent soit contentieuse par
« cela seul qu'elle s'élève à l'occasion d'un droit froissé, car
« il n'y a guère de décision administrative qui ne lèse, soit
« un droit réel, soit un droit personnel. Ainsi un arrêté
« du préfet qui établit un chemin de halage sur le bord
« d'une rivière navigable froisse le droit de propriété.
« Cependant ces actes ne peuvent être attaqués par la
« voie contentieuse, le pouvoir discrétionnaire dans ce
« cas est autorisé par la loi.* »

N^o 1792 : « *Il n'y a réellement contentieux que dans le
« cas où la réclamation est appuyée sur un droit que l'Admi-
« nistration était obligée de respecter. Ainsi un ministre a
« refusé une pension à un employé, il n'agissait point en
« vertu du pouvoir discrétionnaire, car il existe des lois sur
« la matière, qu'il était obligé de respecter.* »

Puis il dit que les actes du pouvoir discrétionnaire peuvent être attaqués en vertu d'un droit et « que par conséquent il y a contentieux » s'il y a omission de formalités préalables, incompétence ou excès de pouvoir. Puis il note deux exceptions : l'article 90 du Code Forestier, et l'article 8 du Décret du 15 octobre 1810 (contentieux au fond sans droit violé.)

N^o 1796 : « En résumé, il y a deux espèces de recours contre les actes de l'Administration : l'un qui a lieu par « la voie gracieuse..... l'autre qui a lieu par la voie conten-
« tieuse. Le premier est exercé contre les actes du pouvoir
« discrétionnaire devant les organes de ce pouvoir.

« Le *second* est porté devant le Conseil d'État. Il y a lieu

« d'agir par cette voie toutes les fois que la réclamation
« est basée sur un droit résultant d'une loi, ordonnance
« ou d'un contrat; ou bien encore lorsque dans une matière
« quelconque, le recours contentieux est autorisé par une
« disposition spéciale. »

SERRIGNY, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 1^{re} édition 1842, 2^e édition 1865.

Il pose cinq règles, dont voici la deuxième (T. I, N° 29) : « Un acte est du pouvoir discrétionnaire
« quand il blesse un simple intérêt et non un droit
« légitime. »

VIVIEN, *Etudes administratives* (1859), T. I, pp. 125 et 307. Il adopte cette distinction. Il en est de même de BATBIE dans son *Traité de droit public et administratif*, T. VII, N°s 384-386.

On la trouve encore indiquée dans DARESTE dans son ouvrage de 1862 intitulé *La justice administrative en France*. On lit, p. 218 : « Tout acte qui porte
« atteinte à un droit peut être attaqué par la voie
« contentieuse », et p. 220 : « Un simple intérêt
« n'est pas suffisant pour justifier le recours par la
« voie contentieuse. »

Citons encore DUFOUR, qui dans son traité, paru en 1868-1870, s'exprime ainsi (T. I, page 94, N° 102) :

N° 102 : « Les plaintes suscitées par un froissement
« d'intérêt ne peuvent donner lieu qu'à un appel au bon
« vouloir de l'autorité; on la supplie de prendre en consi-

« dération des explications et des renseignements nouveaux ;
« c'est le recours par la voie gracieuse.

« Les réclamations basées sur un droit se traduisent en
« un appel à la justice de l'autorité ; on la requiert de se
« rendre aux raisons puisées dans les pièces, c'est le recours
« par la voie contentieuse..... »

N° 105 : « Dans certains cas, l'Administration se montre
« investie d'un pouvoir essentiellement discrétionnaire,
« et ses décisions échappent à tout contrôle..... Contre
« ces actes qui empruntent ainsi leur base légale à un
« attribut du pouvoir absolu, il n'y a de protection que
« dans les limites qui circonscrivent le pouvoir conféré
« ou dans les conditions assignées à son exercice ; ce n'est
« que sous ce rapport qu'ils peuvent être critiqués, ce
« qu'on exprime en disant qu'il n'y a lieu au recours que
« pour cause d'excès de pouvoir. »

Pour clore cette énumération, déjà longue, qu'il nous
soit permis d'invoquer la grande autorité de LAFFER-
RIÈRE : (*Traité de la juridiction administrative*, II, 42).

« Une double mission incombe à la juridiction admi-
« nistrative. » (Il distingue les actes de gestion et les actes
d'autorité.) « Dans l'accomplissement de cette double
« mission, l'Administration rencontre nécessairement des
« intérêts rivaux de ceux qu'elle doit servir et aussi des
« droits opposés à ceux qu'elle prétend avoir. Le contri-
« buable à qui elle réclame un impôt, l'entrepreneur ou
« le concessionnaire de travaux publics avec qui elle est
« en désaccord sur l'exécution d'un marché, le citoyen ou
« l'autorité locale à qui elle adresse ses prescriptions ou
« ses défenses, peuvent se trouver lésés dans leurs intérêts
« ou dans leurs droits et réclamer contre ses décisions.
« S'ils ne sont lésés que dans leurs intérêts, il appartient
« à l'Administration d'apprécier l'opposition qui se pro-

« duit entre l'intérêt général et l'intérêt particulier et de
« faire pencher la balance du côté où l'équité et la bonne
« administration semblent l'incliner. C'est ce qu'on appelle
« la juridiction gracieuse de l'Administration. Il arrive
« aussi que la résistance opposée à l'acte de gestion ou à
« l'acte de puissance publique se fonde sur un droit que
« l'Administration aurait méconnu, sur une erreur de
« fait ou de légalité qu'elle aurait commise dans ses rap-
« ports avec les citoyens ou avec les Administrations
« locales et qui aurait pour résultat une violation ou
« une fausse application de la loi ou des droits acquis. Si
« la partie lésée se croit fondée à opposer son droit propre
« au droit invoqué par l'Administration, il y a matière à
« contestation, à litige; le contentieux administratif
« naît aussitôt du choc des prétentions en présence; un
« acte de juridiction contentieuse est nécessaire pour
« résoudre la difficulté.

« En d'autres termes, tandis que l'intérêt froissé n'éveille
« que l'idée d'utilité, d'opportunité et de décision gracieuse,
« le droit méconnu éveille l'idée de justice, de sanction
« légale et de juridiction contentieuse. Dans le premier
« cas la partie lésée ne peut que solliciter et se plaindre, dans
« le deuxième elle peut requérir la vérification de son droit
« et exiger qu'on le respecte. »

C'est donc l'unanimité des auteurs classiques
qui adopte cette distinction. Enfin, le Conseil d'État
la consacre dans ses arrêts les plus récents. Voir
notamment : *Blot* (26 janvier 1912). Le recours
d'un officier contre un arrêté donnant un tour de
faveur dans le service à un bataillon des troupes
du Maroc a été déclaré irrecevable bien que l'arrêté
attaqué fût contraire au décret du 28 mai 1895.

(Art. 106) « Considérant que la disposition précitée
« n'a pas eu pour but, et n'a pu avoir pour effet,
« de donner à chacun des officiers, pour qui son
« application peut présenter un intérêt, un droit
« susceptible d'être revendiqué par une action con-
« tentieuse. » Dès lors, si à l'autorité de ses créateurs
cette distinction joint, comme nous avons essayé
de le prouver, une valeur explicative entière, —
pourquoi ne pas l'adopter comme base de la distinc-
tion entre le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir
limité?

Il nous faut maintenant aborder l'analyse du
pouvoir discrétionnaire.

§ 4. Le pouvoir discrétionnaire

A peu près toutes les définitions en font un pouvoir
d'appréciation de l'opportunité d'un acte ou d'une
abstention : LAFERRIÈRE dit : (*op. cit.*, II, p. 423)
« On appelle actes de pure administration ceux que
« l'Administration fait d'après sa libre appréciation
« afin de pourvoir aux intérêts généraux ou parti-
« culiers et non pour satisfaire à des droits ou à la loi. »

M. LÉON MARIE (*Le droit positif et la juridiction
administrative*, 1903, II, 365) déclare que les actes
discrétionnaires sont ceux « dans l'accomplissement
« desquels l'Administration jouit d'une certaine
« liberté d'appréciation. »

Il faut approfondir cette notion. Elle signifie que le législateur s'est abstenu de statuer sur certaines questions, préférant les abandonner à la discrétion de l'Administration. Pour ne pas entraver l'action de celle-ci, il a préféré ne point la lier au moyen d'une règle unique posée à l'avance, et la laisser, au contraire, agir dans tel ou tel sens, selon les cas. Et la mesure prise ne peut être discutée par la voie contentieuse. Comme disaient nos vieux auteurs, « le pouvoir gracieux » (discrétionnaire) s'oppose au « pouvoir contentieux » que nous appelons aujourd'hui pouvoir limité.

Pour mieux éclaircir la question, comparons le pouvoir discrétionnaire au pouvoir juridictionnel et au pouvoir arbitraire.

Le pouvoir discrétionnaire n'est pas une sorte de pouvoir juridictionnel. Nous verrons que, à ses stades rudimentaires, il s'en rapproche quelque peu. Mais il reste vrai que le pouvoir discrétionnaire, au plein sens du mot, est tout différent de celui du juge. Le juge n'a pour ainsi dire jamais de pouvoir discrétionnaire véritable, la part d'initiative qui lui est laissée se trouve étroitement circonscrite. Sans entrer dans l'analyse de l'acte juridictionnel, il suffira de dire que le juge se borne à rechercher quelle règle de droit s'applique à tel cas donné. Quelle que soit cette règle le juge se borne à l'appliquer, il ne doit pas juger en équité (V. la

p. 13 de l'Étude de M. Michoud, où la différence entre les deux pouvoirs est analysée avec une profondeur minutieuse).

Les seules exceptions sont le pouvoir des juges de paix, — et les pouvoirs que donne au président de la Cour d'assises l'article 268 du Code d'Instruction criminelle. — « Le président est investi d'un « pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il pourra « prendre sur lui tout ce qu'il croira utile pour « découvrir la vérité, et la loi charge son honneur « et sa conscience d'employer tous ses efforts pour « en favoriser la manifestation. »

Le pouvoir discrétionnaire ne se confond pas non plus avec l'arbitraire. L'Administration reçoit, en vue de l'accomplissement de sa mission, des pouvoirs étendus. Mais elle n'en a que l'exercice, elle n'en a pas la disposition. Ils ne constituent pas pour elle des droits. Comme le dit M. Hauriou sous l'arrêt Maugras (Si 01.3.57), les droits de l'Administration sont bien plus restreints que ses pouvoirs. Si le législateur, en s'abstenant de statuer, s'en remet à la discrétion du pouvoir exécutif, ce n'est pas dans l'intérêt propre de celui-ci, c'est dans l'intérêt général bien entendu. L'Administration est censée meilleur juge de cet intérêt général, et les pouvoirs qu'elle reçoit, elle ne doit les employer que pour l'avantage public.

C'est en ce point qu'est la divergence entre notre

théorie et celle de M. Michoud. Si le législateur, d'après lui, s'en remet à l'Administration du soin de choisir certaines décisions, ce n'est pas par réserve et défiance de ses propres lumières, mais bien par impossibilité d'agir autrement, à raison du nombre et de la variété des faits qui motivent ces décisions, ou parce qu'elles touchent l'avenir.

Quoiqu'il en soit, il demeure acquis que le pouvoir discrétionnaire dont l'Administration est quelquefois investie, ne doit lui servir qu'en vue de la satisfaction des besoins collectifs. Et c'est cette obligation que le Conseil d'État sanctionne par l'application de la théorie du détournement de pouvoir : Quand l'Administration fait usage de ses prérogatives pour une fin autre que celle en vue de laquelle la loi l'en avait investie, elle commet un excès de pouvoir, absolument comme si elle avait contrevenu à la loi.

On voit ainsi que le pouvoir discrétionnaire n'est pas un pouvoir sans limites; bien au contraire il est assez étroitement circonscrit, et la tendance visible du Conseil d'État est, sinon de le limiter davantage (nous examinerons plus tard ce point), du moins de définir ses limites avec une précision plus rigoureuse.

Il a, dans ce but, l'arme souple et puissante du recours pour excès de pouvoirs, qui est ouvert contre les actes du pouvoir discrétionnaire pour trois chefs

d'annulation sur quatre : la violation des formes ou des compétences, et le détournement de pouvoir.

Ces actes ne sauraient être annulés pour violation de la loi et des droits acquis puisque, par leur nature même, ils ne peuvent léser que des intérêts. Nous chercherons plus tard si le Conseil d'État, à la faveur du recours pour excès de pouvoir, ne dépasse pas la simple vérification des limites du pouvoir discrétionnaire, et si, grâce à la théorie du détournement de pouvoir, il ne s'arroe pas le droit d'examiner les actes discrétionnaires au point de vue de l'opportunité et de la bonne administration (V. à la Conclusion).

Quoiqu'il en soit de ce fait, on voit que les actes d'administration discrétionnaire n'échappent pas en règle générale au contrôle juridictionnel. Seulement il faut remarquer que le seul recours ouvert contre eux est le recours en annulation. Le Conseil d'État, en effet ne se reconnaît pas le droit de réformer les actes discrétionnaires. Le recours pour excès de pouvoir ne peut aboutir qu'à leur validation ou à leur annulation, mais non à leur réformation. Ils échappent aux recours de pleine juridiction qui sont des recours contentieux.

On voit donc que l'opposition entre les actes d'administration discrétionnaire et les actes d'administration limitée coïncide non seulement avec la distinction de l'intérêt froissé et du droit violé.

mais encore avec celle des deux grandes catégories de recours au Conseil d'État. Laissons ici la parole à M. Aucoc. Voici comment il s'exprimait dans ses conclusions sur l'affaire Bizet (13 mars 1867).

« Votre jurisprudence est arrivée à faire deux grandes
« catégories parmi les recours admis à la juridiction admi-
« nistrative : le contentieux administratif proprement dit,
« — et le recours pour excès de pouvoir..... A quel carac-
« tère reconnaissez-vous qu'il y a contentieux proprement
« dit?..... On peut tirer des monuments très nombreux de
« votre jurisprudence cette doctrine qu'il y a un recours
« ouvert par la voie contentieuse, quand l'acte contre
« lequel on réclame, a violé un droit fondé sur une dispo-
« sition de loi ou de contrat, — quand cet acte a eu pour
« effet de léser immédiatement un droit, et que ce n'est
« pas une simple mise en demeure, une menace, ou une
« mesure d'instruction non encore suivie d'exécution,
« — enfin quand l'acte émane d'un administrateur agissant
« dans la sphère de l'action administrative et non dans
« la sphère de l'action politique. ...Mais à côté de cet
« ordre de recours, votre jurisprudence, fondée sur la loi
« des 7-14 octobre 1790, a établi un autre ordre de recours,
« le recours pour excès de pouvoir. Ici la juridiction
« administrative suprême ne statue plus dans les mêmes
« conditions que sur les matières du contentieux adminis-
« tratif; elle ne peut substituer sa décision à celle de
« l'Administration, elle joue le rôle de Cour de Cassation;
« elle se borne à vérifier si l'Administration est restée
« dans les limites de ses pouvoirs. ».....

Ayant distingué le pouvoir discrétionnaire du pouvoir juridictionnel, ayant montré en outre, qu'il ne se confond pas avec le pouvoir arbitraire,

puisqu'il est soumis au contrôle du Conseil d'État, il nous reste à l'analyser en lui-même.

Le pouvoir discrétionnaire consiste toujours, dans son essence, à départager l'intérêt général et l'intérêt des particuliers quand ils sont inconciliables et que la loi n'a rien dit à ce sujet. Ce compromis délicat est nécessaire chaque fois que la satisfaction d'un besoin collectif entraîne le sacrifice, chez un particulier d'un des principes fondamentaux du droit public (liberté du travail, etc...) dont nous avons parlé, sacrifice qui ne constitue qu'une lésion d'intérêt et non une violation de droit en fait, le plus souvent, l'Administration qui est censée incarner l'intérêt public, n'hésitera pas à lui sacrifier l'intérêt privé en question. Pour ménager ce dernier, il faudrait que l'Administration s'abstint d'agir; or, sa fonction est positive et lui commande l'action. En outre, la tendance de l'Administration n'est pas vers l'abstention et la passivité; on aurait plutôt à craindre de sa part une activité trop envahissante....

Mais il y a une mesure à garder; à vouloir imposer des sacrifices trop lourds aux intérêts privés, on risque de décourager les particuliers, de paralyser leur activité, et enfin de nuire ainsi à l'intérêt général lui-même.

Le souci de la salubrité des villes entraîne à la charge des propriétaires d'immeubles bâtis des sacrifices considérables. Les règlements sanitaires muni-

cipaux doivent poser les conditions de capacité, d'aérage et d'éclairage des pièces destinées à l'habitation, — l'alimentation en eau potable, — l'évacuation des matières usées, etc..... Ces exigences entraînent des frais élevés pour ceux qui veulent construire des maisons. Il est clair qu'en cette matière, l'Administration, sous prétexte de l'hygiène publique, ne doit pas décourager la liberté du travail et de l'industrie et favoriser involontairement la hausse des loyers..... Or, qui sera chargé, en fin de compte, de faire le départ, et de dire quelles sont les mesures d'hygiène que l'Administration peut imposer sans entraîner une gêne insupportable pour les particuliers? C'est le Conseil d'État, saisi de la question à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir. C'est ce qu'il a fait dans l'affaire *Marc* (du 5 juin 1908). Il avait à examiner le règlement sanitaire pris par le préfet de la Seine en 1904, et, parmi les obligations imposées par ce règlement aux propriétaires d'immeubles, il a déclaré les unes valables, les autres excessives, et il les a annulées. Il a donc opéré, suivant l'expression du commissaire du gouvernement, M. Teissier, « un dosage méticuleux » des sacrifices qu'on peut demander à la propriété, et de ceux qui dépassent les pouvoirs de l'Administration. Pour rester dans les questions d'hygiène, nous voyons, par l'arrêt *Nonalhier* (18 mars 1898), que le maire excède ses pouvoirs et « porte atteinte

au droit de propriété», d'après les termes mêmes de l'arrêt, quand il interdit à une personne, sous prétexte d'hygiène, de recevoir et de soigner chez elle des tuberculeux.

L'exploitation de ruchers au voisinage ou au milieu d'une agglomération urbaine, peut présenter des dangers pour le public.

Le préfet de police doit prendre toutes les précautions utiles; mais il excède ses pouvoirs s'il soumet la création de ruchers nouveaux ou la conservation de ceux qui existent à une autorisation préalable. C'est ce qu'a jugé le Conseil d'État dans l'affaire *Vignel* (13 mars 1885). Dans d'autres espèces au contraire, le Conseil d'État s'est prononcé pour l'extension des pouvoirs de police, et semble admettre qu'ils emportent non seulement le droit de réglementation, mais aussi celui d'interdiction. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Ville de Dax*, 3 décembre 1897 (S. 98.3.145), par lequel il a refusé d'annuler un arrêté du préfet des Landes qui interdisait les courses de taureaux dans tout le département.

Dans certains cas, l'Administration est arbitre entre deux besoins collectifs également respectables, par exemple le besoin de salubrité et la nécessité de ne pas décourager l'industrie, qui concourt à la prospérité nationale. Tel est le cas, par exemple, quand on demande à l'Administration l'autorisation d'établir une usine classée parmi les ateliers insa-

lubres (Décret du 15 octobre 1810), ou d'élever un barrage sur un cours d'eau navigable et flottable pour capter la force motrice. L'installation d'une usine ou d'un barrage peut causer aux habitants du voisinage une gêne considérable ou même les exposer à des dangers; mais qui ne voit que, cependant, ils sont par ailleurs les premiers à bénéficier de l'activité, de l'accroissement de population qu'amènent les entreprises industrielles?

Il y a encore deux besoins collectifs en présence dans les cas de dérogations à la loi du 13 juillet 1906, sur le repos hebdomadaire. D'une part, la société tout entière est intéressée à l'observation du repos dominical par ses membres les plus pauvres. Mais en même temps, il existe des besoins sociaux à la satisfaction desquels l'observation trop stricte du repos hebdomadaire apporterait une gêne intolérable; les ouvriers, en effet, qui, de par la loi ne sont libres que le dimanche, trouveront-ils fermés ce jour-là tous les magasins dont les produits ou les services leur sont nécessaires? L'Administration en cette matière pourra donc, en vertu de la loi du 13 juillet 1906 (art. 2, — 2^o) elle-même, accorder des autorisations de déroger au principe du repos hebdomadaire. Elle doit alors, selon l'expression de M. Romieu, commissaire du gouvernement dans l'affaire *Jacquin* (30 novembre 1906, D. 07.3.1) « concilier les intérêts du commerce et le respect dû au principe du repos

collectif le dimanche». Empressons-nous d'ajouter que cet exemple est purement théorique; en fait, le Conseil d'État a jugé dans cette affaire que les patrons qui remplissent certaines conditions ont un *droit* à obtenir l'autorisation. En outre ils sont armés d'un recours contre la décision préfectorale de refus (art. 9). De la sorte, le pouvoir discrétionnaire se trouve doublement annihilé.

En général, on peut dire que l'Administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire toutes les fois que la loi emploie à son égard la formule permissive, par exemple :

« *Les maires pourront, les conseils municipaux entendus, prendre des arrêtés pour fixer, sans préjudice des droits acquis, les distances auxquelles les cafés et débits de boissons ne pourront être établis autour des édifices servant à un culte quelconque, des cimetières, des écoles primaires, collèges, ou autres établissements d'instruction publique* » (Loi du 17 juillet 1880, art. 9). C'est ainsi également que la loi des 19-22 juillet 1791 permet aux maires de fixer le prix du pain; que la loi municipale (du 5 avril 1884) stipule (art. 98) « *le maire peut donner des permissions de voirie... Les permissions de voirie à titre précaire sur les voies publiques qui sont placées dans les attributions du maire, et ayant pour objet, notamment, l'établissement dans le sous-sol de la voie publique, des canalisations destinées au passage ou à la conduite soit de l'eau,*

soit du gaz, peuvent, en cas de refus du maire non justifié par l'intérêt général, être accordées par le préfet.»

C'est encore la formule de l'article 1^{er} du Décret du 27 mai 1897. « *Après la délivrance de son brevet de pension, le fonctionnaire peut, lorsque l'intérêt du service l'exige, être maintenu momentanément en activité.* »

C'est aussi celle de l'article 51 du Décret du 16 mars 1906, sur la police des cultes. « *Les cloches des édifices servant à l'exercice public du culte peuvent être employées aux sonneries civiles dans les cas de péril commun qui exigent un prompt secours.* »

Un des meilleurs exemples est fourni par la loi du 3 mai 1844. L'article 6 dispose : « *Le préfet pourra refuser le permis de chasse* »..... Puis, aussitôt après, les deux articles suivants, au contraire, viennent limiter le pouvoir de l'Administration. « *Le permis de chasse ne sera pas délivré.....* » (art. 7). « *Le permis de chasse ne sera pas accordé.....* » (art. 8).

Ces textes ne sont-ils pas la meilleure preuve d'un pouvoir discrétionnaire au sens où nous l'entendons? Leur formule permissive n'indique-t-elle pas que le fonctionnaire qui « peut agir de telle ou telle manière », devra faire un dosage des sacrifices qu'il peut imposer à l'intérêt privé en faveur de l'intérêt social? « *Il pourra..... etc.....* » Cette formule lui donne tout d'abord la latitude de s'abstenir, et

ensuite celle d'agir à son heure. Pourquoi cette latitude? C'est que l'administrateur, à la discrétion de qui la loi s'en remet, est censé meilleur juge de ce qu'exigent les besoins sociaux qu'il doit satisfaire. On suppose bien, en effet, que cet administrateur ayant toute liberté d'agir ou de s'abstenir, ne se déterminera pas sans cause, et que, loin d'obéir à sa fantaisie, il ne recherchera que le bien public et l'intérêt social. S'il emploie son pouvoir à la satisfaction de ses rancunes personnelles ou de fins politiques, ou d'un besoin social dont il n'a pas la charge, il commet un détournement de pouvoir, et son acte pourra être annulé.

DEUXIÈME PARTIE

LA JURISPRUDENCE RELATIVE AUX ACTES D'ADMINISTRATION DISCRÉTIONNAIRE

Une division des actes d'administration discrétionnaire s'offre naturellement à l'esprit.

Il y a d'abord les actes discrétionnaires proprement dits, ceux que l'Administration fait chaque jour en vue d'accomplir ses diverses fonctions. Ce sont ceux qui visent les particuliers et qui interviennent à l'occasion de leurs rapports avec l'Administration : demandes d'autorisation ou de faveurs, restrictions subies par les particuliers en vue de l'hygiène publique, etc...

Mais il y a aussi des actes discrétionnaires qui visent des membres de l'Administration : nominations et révocations de fonctionnaires, mesures disciplinaires, etc...

D'autres actes discrétionnaires, enfin, touchent les unités administratives inférieures : suspensions ou dissolutions de conseils municipaux; actes accomplis par les préfets relativement à des obligations négligées par les maires, inscription d'office qu'une

dette au budget d'une commune; et tous les actes de tutelle administrative.

Dans chacune de ces trois catégories, nous ferons, guidé par la jurisprudence, une classification des actes selon le degré de « discrétionnarité » de chacun d'eux.

I. — ACTES DISCRÉTIONNAIRES RELATIFS AUX PARTICULIERS

A. ACTES ENTIÈREMENT DISCRÉTIONNAIRES, L'ADMINISTRATION ÉTANT LIBRE D'AGIR OU NON, ET, SI ELLE AGIT, DE LE FAIRE A SON HEURE, DANS LE SENS QU'ELLE VEUT, ET POUR LE BUT QU'ELLE VEUT.

1. Nous nous trouvons d'abord en présence d'actes **qui touchent à l'organisation interne des rouages administratifs**. L'Administration est chargée de faire fonctionner les services publics : il est naturel que la plus grande latitude lui soit laissée dans leur agencement. Ces actes sont donc absolument discrétionnaires, ils ne sont guère attaquables par la voie de l'excès de pouvoir, si ce n'est peut-être pour vice de forme.

Tels sont les actes relatifs au recrutement du personnel administratif. L'autorité supérieure peut, là où les textes de loi ne l'en empêchent pas, mettre telles conditions qu'elle jugera opportunes à l'entrée

dans les services administratifs. Laferrière (*Trailé*, I, 534) cite un cas de cette nature, l'affaire *Lefèvre* (10 novembre 1887). Une décision ministérielle, réglant les conditions de l'examen des engagés conditionnels d'un an, était attaquée par un candidat, comme prescrivant des épreuves non prévues par le règlement d'administration publique du 10 mai 1880, et comme ayant par suite violé ce règlement. — Le Conseil d'État jugea le recours irrecevable : « Considérant que la décision prise par le ministre ne concernait pas personnellement le requérant, et qu'elle n'a lésé aucun droit qui lui fût acquis, que par suite celui-ci n'est pas recevable à en demander l'annulation en se fondant sur ce qu'elle aurait fait une inexacte application du règlement du 10 mai 1880 ».

Nous trouvons maintenant un cas où le recours a été déclaré recevable, mais mal fondé. C'est l'affaire *Bouteyre* (10 mai 1912 D. 14.3.74) que nous avons déjà mentionnée. V. à ce sujet, Jèze, *Revue du Droit public*, 1904, p. 258 s., et 1912, p. 453 s. Un prêtre, l'abbé Bouteyre avait été exclu par le ministre de l'Instruction publique de la liste des candidats à l'agrégation de philosophie. Cet acte était ainsi motivé : « L'état ecclésiastique s'oppose à ce qu'il soit admis dans le personnel de l'enseignement public, dont le caractère est la laïcité. » Le Conseil d'État déclara le pourvoi de l'abbé Bouteyre recevable, mais

mal fondé. Mais, dira-t-on, il suffisait, pour écarter ce prêtre de l'enseignement public, seul but visé par le ministre, de lui faire signer une renonciation à cet enseignement, sans lui interdire en même temps la jouissance du diplôme, dont l'abbé Bouteyre aurait pu se servir dans l'enseignement libre? Telle avait été, en effet, la coutume administrative de 1882 à 1904 (avant 1882, les prêtres étaient admis dans l'enseignement public). Mais à partir de 1904, on cessa de faire signer aux prêtres la renonciation, et, corrélativement, de les admettre aux concours d'agrégation. C'est ainsi qu'en 1904, M. Chaumié, alors ministre, avait exclu des prêtres de la liste des candidats à l'agrégation d'histoire; et il fut même approuvé par la Chambre des députés à la suite d'une interpellation.

Il n'empêche que le système nouveau, bien que rendu nécessaire par le souci de laïcité, pose certains problèmes. Tout d'abord, n'est-il pas contraire à l'article 30 de la Déclaration de Droits qui dispose : « Tous les citoyens sont également admissibles à tous les emplois publics, sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents? » Il est permis de le penser. Nous sommes justement en présence d'un cas où la violation d'un principe du droit public fait naître, chez le requérant qui en est victime le grief de l'intérêt lésé et non pas du droit violé. C'est un cas type d'acte discrétionnaire.

En outre, cette radiation, avec le motif invoqué à l'appui, n'est-elle pas la preuve d'un détournement de pouvoir flagrant ? Certes, en toute autre circonstance le Conseil d'État l'aurait pensé : motiver expressément un acte par les croyances religieuses d'un individu, c'est s'inspirer d'un véritable mobile politique, dont le Conseil d'État ne veut plus entendre parler à propos des actes de gouvernement. Ici, au contraire, le Conseil d'État semble y revenir. Il a cru de bonne foi que la décision ministérielle était inspirée non point par la haine de parti, mais par le souci des intérêts du service qui exigeaient la laïcité. Le ministre avait sans doute pensé que la majorité des Français exigeait la neutralité de l'enseignement et que la qualité de prêtre catholique, chez un professeur, pouvait froisser les élèves d'une autre religion. Voici les motifs : « Considérant..... que le ministre n'a fait qu'user, *dans l'intérêt du service*, du droit d'appréciation qui lui a été réservé par le décret du 10 avril 1852 et le règlement du 29 juillet 1885; et qu'il n'a commis ni excès ni détournement de pouvoir. »

Cette matière est délicate parce qu'elle touche à la fois à la bonne administration et à la politique religieuse, et l'on pourrait se demander si, en défendant la laïcité au nom des intérêts du service, le ministre ne confondait pas les intérêts politiques du régime avec l'intérêt bien compris de l'enseignement public.

Cet arrêt appelle deux autres remarques touchant l'étendue que le Conseil d'État donne ainsi au pouvoir discrétionnaire de l'Administration.

D'abord, notons que si le ministre, au lieu d'une mesure individuelle, avait pris un arrêté général et réglementaire excluant tous les prêtres, à l'avance, de l'enseignement public, le Conseil d'État aurait annulé sa décision. C'est ce que l'on peut inférer par analogie de l'arrêt *Fédération nationale des professeurs des lycées de garçons* (14 juin 1912) où il annula trois décrets instituant des équivalences du baccalauréat en vue des licences, par les motifs suivants : « Considérant que, si le ministre de l'Instruction publique peut accorder des dispenses, ce pouvoir n'était susceptible d'être exercé que dans des cas particuliers; que par les actes déferés au Conseil d'État, il a été procédé par mesure générale et par voie réglementaire..... »

Il se peut que la décision attaquée dans l'affaire Bouteyre dénote chez le ministre qui l'a prise, et provoque chez ses successeurs, la volonté d'écarter systématiquement tous les prêtres de la liste des candidats; il n'importe : tant que cette intention ne se manifestera que par des mesures individuelles, le Conseil d'État refusera de les annuler.

Notons enfin que, malgré les apparences, cet arrêt Bouteyre rend moins discrétionnaire le droit d'arrêter la liste des candidats aux concours d'agrégation.

Autrefois, le recours contre les actes qui rayaient de la liste un candidat, n'était même pas recevable. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Rouget* du 5 juillet 1851, rendu à propos d'une espèce analogue.

M. Helbronner s'est exprimé ainsi, dans ses conclusions en qualité de commissaire du gouvernement dans l'affaire *Bouteyre* : « *Pendant longtemps, la doctrine et la jurisprudence admettaient le caractère discrétionnaire de ce droit d'appréciation et refusaient de soumettre au contrôle juridictionnel les actes de cette nature..... La théorie de l'acte discrétionnaire est aujourd'hui abandonnée et il n'y a plus guère d'acte qui échappe à votre contrôle* ». Il continuait en proposant une analyse du pouvoir discrétionnaire que nous retrouverons à la fin de cette étude (V. à la conclusion).

2. Dissolutions de congrégations religieuses non autorisées

Les dissolutions de congrégations sont des actes discrétionnaires et non des actes de gouvernement. C'est ce qu'a jugé le Tribunal des conflits, à propos de décrets préfectoraux de fermeture du 29 mars 1880, par les arrêts *Marquigny* (5 novembre 1880) et *Yves Rot* (27 novembre 1880). Les arrêtés préfectoraux avaient été attaqués devant les Tribunaux judiciaires. L'administration des cultes souleva le conflit, qui fut validé par le Tribunal des conflits;

mais elle prétendait en outre faire échapper les arrêtés à la juridiction administrative. Les Tribunal des conflits a rejeté cette prétention. Notons qu'en cette matière la loi elle-même donne au Président de la République un pouvoir discrétionnaire si étendu qu'il peut, par un décret en conseil des ministres, retirer l'autorisation donnée par une loi. En effet, la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations, outre l'interdiction d'enseigner (art. 14) porte les dispositions suivantes : « *Aucune congrégation religieuse ne peut se former sans une autorisation donnée par une loi qui déterminera les conditions de son fonctionnement..... La dissolution de la congrégation ou la fermeture de tout établissement, pourront être prononcées par un décret rendu en Conseil des ministres.* » (art. 13). Cette latitude est sanctionnée sans aucune réserve par le Conseil d'État comme en témoignent ces deux arrêts cités par M. Michoud (*Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, p. 101, note 2).

Sœurs Franciscaines de Saint-Chinian (27 mai 1910).

Filles du Saint-Esprit de Saint-Brieuc (21 juillet 1911).

Par ces arrêts, le Conseil d'État a validé deux fermetures en s'appuyant dans les deux cas exactement sur le même considérant :

« *Considérant qu'en conférant par cet article (13, loi du 1^{er} juillet 1901), au Président de la République, en Conseil des ministres, le droit de dissoudre ces*

congrégations, le législateur a entendu ne subordonner le droit de dissolution à aucune condition et laisser au gouvernement le soin d'apprécier les circonstances exceptionnelles qui peuvent en motiver l'usage.»

Ainsi : 1^o un acte administratif peut annuler ici l'effet d'une loi ;

2^o Nous sommes ici en présence d'un des cas extrêmement rares de retrait d'autorisation ou de permission échappant à tout chef d'annulation, même à celui qui résulterait du détournement de pouvoir.

C'est qu'en effet, dans presque tous les cas, les retraits d'autorisation ou de permission violent de véritables droits, des droits acquis. Il faut donc dire que l'autorisation donnée par une loi à une congrégation pour se former, ne peut conférer de droits acquis, puisque le retrait en est discrétionnaire. Nous ne connaissons que deux autres retraits absolument discrétionnaires pour cette même raison :

1^o Le retrait d'une inscription d'office au budget d'une commune, parmi les actes discrétionnaires relatifs aux unités administratives inférieures ;

2^o Le retrait de congé de faveur, parmi les actes relatifs aux fonctionnaires (V. *infra*).

Comparons ce retrait d'autorisation d'une congrégation au cas assez analogue de retrait de reconnaissance d'utilité publique d'une congrégation religieuse.

C'est l'espèce qui fut jugée dans l'arrêt *Société de Marie* (20 mars 1908). Cette congrégation avait été déclarée d'utilité publique comme société enseignante par des arrêtés de l'autorité administrative en 1825 et en 1860. Survint la loi du 1^{er} juillet 1901, dont l'article 14 prive les associations religieuses du droit d'enseigner. En outre, la Société de Marie se vit refuser une loi d'autorisation. En conséquence le Président de la République rapporta en 1903 les actes de 1825 et 1860. La Société de Marie attaquait cette décision; le Conseil d'État déclare le recours recevable, mais mal fondé, conformément aux conclusions de M. Tardieu.

Voici les termes de l'arrêt : « Considérant qu'en prenant le décret attaqué, le Président de la République n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui appartenaient. » Cette formule réserve la possibilité d'annuler le retrait de reconnaissance d'utilité publique s'il était entaché de détournement ou d'excès de pouvoir; elle donne au pouvoir exécutif un droit bien moins étendu que la formule des deux arrêts cités plus haut.

3. Actes discrétionnaires à raison de l'urgence

Dans tous les cas de péril commun qui exigent un prompt secours, l'Administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire rendu très large soit par la loi, soit par le Conseil d'État. Nous trouvons

deux cas d'urgence dans l'ouvrage publié en 1914 par M. Pierre Dareste : *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique* (Paris, Challamel). C'est d'abord l'arrêt *Guilbaud* (26 février 1863).

L'Administration refusait une indemnité au propriétaire d'un navire contaminé par la fièvre jaune, qu'elle avait fait détruire pour ce motif. Cette mesure lui est permise en vertu de la loi du 3 mars 1822 et du décret du 24 décembre 1850 (Art. 16) : « *En cas d'urgence les autorités sanitaires peuvent prendre les mesures nécessaires.* » Le Conseil d'État a jugé le pourvoi en indemnité contre cet acte, recevable mais non fondé : « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions (loi de 1822 et décret 1850) qu'en cas d'urgence les autorités sanitaires peuvent prendre les mesures nécessaires pour préserver la santé publique..., — que les dommages qui seraient causés aux particuliers par l'exercice de ces mesures ne peuvent donner lieu à aucun recours contre l'État.* » Dans l'arrêt *Letellier* (13 novembre 1891) le Conseil d'État a statué sur un refus d'indemnité opposé par le ministre au propriétaire d'un chaland que l'Administration avait fait détruire parce qu'il contenait de la dynamite en décomposition. Le Conseil d'État rejette la demande et valide le refus du ministre : « *Considérant que cette mesure a été prise dans l'intérêt de la sécurité publique, et qu'elle ne saurait, alors qu'aucune allégation de faute n'est formulée contre*

les agents de l'Administration, engager la responsabilité de l'Etat.»

M. Pierre Daresté assimile ces deux cas aux faits de guerre. Nous ne pouvons souscrire à cette théorie qui ferait des mesures prises en cas d'urgence, des actes de gouvernement, — ce qui est insoutenable. Enfin M. Daresté montre que l'Administration aurait des pouvoirs d'une étendue égale dans les cas prévus par l'article 7 de la loi du 21 juin 1898 sur le Code rural qui dispose : « Dans le cas de danger grave et imminent, comme inondation, rupture de digues, incendie d'une forêt, avalanche, éboulement ou tout autre accident naturel, le maire prescrit l'exécution des mesures de sûreté exigées par les circonstances. » On peut encore voir un exemple de pouvoir discrétionnaire résultant de l'urgence dans le cas prévu par l'article 51 du décret du 16 mars 1906 sur la police des cultes qui dispose : « Les cloches des édifices servant à l'exercice public du culte peuvent être employées aux sonneries civiles dans le cas de péril commun qui exigent un prompt secours. »

4. **Mesures de haute police administrative** telles que les mesures de sûreté individuelles. M. Jacquelin, (à son cours) voudrait y joindre les mesures de sûreté générale et la déclaration d'état de siège, mais la jurisprudence en fait des actes de gouvernement

contre lesquels tout recours juridictionnel, même le recours pour excès de pouvoir, serait irrecevable.

5. Actes de délimitation du domaine public fluvial et maritime

Jusqu'en 1861, le Conseil d'État considérait comme absolument discrétionnaires et refusait d'examiner les décrets du chef de l'État délimitant les rivages de la mer, et les arrêtés préfectoraux délimitant les rives des cours d'eau navigables. V. les arrêts *Barsallon* (4 avril 1845), *Balias de Soubran* (2 mars 1847), *Ville de Nogent-sur-Seine* (20 avril 1854), *David* (7 août 1856), *Port de Bercy* (19 juillet 1860).

L'Administration profita des prérogatives que lui donnait le Conseil d'État pour accomplir, sans indemnité préalable, de véritables expropriations. Aussi, depuis 1861, le Conseil d'État a-t-il inauguré une nouvelle jurisprudence. Il admet les recours tendant à faire annuler les actes de délimitation argués d'illégalité. V. les arrêts *Coquard* (23 mai 1861), *Revel* (6 août 1861, D. 62.3.11), *Drillet de Lanigou* (27 mai 1863), D. 63.3.62), *Richet et Coicaud* (13 décembre 1866), *Archambault* (9 janvier 1868), *Société de la Gaffette* (15 avril 1868, D. 68.3.67), *Ville de Narbonne* (27 juin 1884).

En outre, le Tribunal des conflits admet ici le

partage des compétences, car la victime d'une délimitation abusive peut choisir entre deux voies de redressement : le recours en annulation au Conseil d'État et le recours en indemnité devant les tribunaux judiciaires (Trib. Conf., *Paris*, *Labrosse*, 11 janvier 1873; *Guillié*, 1^{er} mars 1873). La Cour de Cassation et le Conseil d'État admettent l'une et l'autre ce cumul. C'est un des rares cas où le Conseil d'État laisse de côté la théorie du recours parallèle. Ajoutons enfin que la loi du 8 avril 1898 (art. 36), dispose : « *Des arrêtés préfectoraux rendus après enquête, sous l'approbation du ministre des Travaux publics, fixeront les limites des fleuves et des rivières navigables et flottables, ces limites étant déterminées par la hauteur des eaux coulant à pleins bords avant de déborder. Ces arrêtés pourront être l'objet d'un recours contentieux. Ils seront toujours pris sous réserve des droits de propriété.* »

**B. ACTES DISCRÉTIONNAIRES A UN HAUT DEGRÉ, MAIS
QUE L'ADMINISTRATION NE PEUT ACCOMPLIR QU'À
LA DEMANDE D'UN PARTICULIER.**

1. Actes de pure faveur

a) Le meilleur exemple est fourni par les *demandes en remise ou modération d'impôts directs*, motivées par des pertes causées par des événements calamiteux; elles sont purement gracieuses et s'opposent

aux demandes en décharge ou réduction d'impôts directs, qui sont contentieuses. Dans ces dernières, le contribuable ne se borne pas à solliciter une remise ou une modération d'impôts, à raison de pertes que lui auraient fait subir une inondation, une épizootie, — mais il prétend que la perception de la taxe a été illégale parce qu'il a été imposé à tort, ou au-delà de ce qu'il devait réellement : il invoque la violation d'un droit .

Dans l'arrêt *Daux* (19 mars 1913), le Conseil d'État a déclaré irrecevable le recours contre un refus opposé à une demande de diminution d'impôts à titre gracieux : « Considérant que les décisions prises conformément à l'article 13 de la loi du 6 décembre 1897, par le Directeur des Contributions directes sur les réclamations des contribuables, ne sont pas susceptibles d'être déférées au Conseil d'État statuant au contentieux, que par suite la requête du sieur Daux n'est pas recevable. »

Il ressort de là qu'en cette matière l'Administration saisie d'une telle demande possède le pouvoir discrétionnaire absolu de la rejeter ou d'y faire droit. Elle peut même la rejeter pour un motif entaché de détournement de pouvoir : il n'importe, le recours est irrecevable contre sa décision.

b) Il en va pareillement pour les *refus de gratifi-*

cations, de décorations, de congés (à des militaires), etc.,
Voici quelques espèces :

Cons. d'Ét. *Brunet* (16 mai 1902). Le requérant avait été exclu du tableau de concours pour l'obtention de la médaille militaire. Le ministre de la guerre refusa d'accueillir sa réclamation. Contre ce refus, Brunel se pourvut devant le Conseil d'État, qui déclara le recours irrecevable.

Bernard (27 juillet 1906). Ce soldat s'était vu refuser une gratification de réforme. Le Conseil d'État déclare son pourvoi irrecevable : « Considérant que l'allocation d'une gratification de réforme renouvelable constitue une mesure purement gracieuse dont ni le refus ni le retrait n'est susceptible d'être déféré à la juridiction contentieuse. »

Riou (22 janvier 1913). Refus d'un secours d'urgence. « Considérant que l'allocation d'un secours d'urgence sur la caisse de prévoyance constitue une mesure purement gracieuse, dont le refus ne peut donner lieu à un recours contentieux, que par suite le recours du sieur Riou est irrecevable. »

c) *Naturalisations*. — Nous voyons aussi un cas d'acte discrétionnaire de faveur dans la naturalisation. Le Code Civil dit (art. 8) : « *Peuvent être naturalisés...* » Cette formule permissive indique le caractère discrétionnaire de l'acte. — C'était aussi l'avis de Chauveau qui cite (*Principes de compétence*, II, 65),

l'arrêt *Williams Sinnett* (11 avril 1834). Le requérant, sujet britannique, avait résidé 10 ans en France, mais sans autorisation de domicile. Il se vit refuser la naturalisation par le motif que l'enquête locale lui était défavorable. Il se pourvut au Conseil d'État. Chauveau, qu'il avait choisi comme défenseur, présenta ses mémoires avec la conviction que le pourvoi serait rejeté de prime abord comme gracieux. Il n'en fut rien, le Conseil d'État statua au fond. D'ailleurs il rejeta la demande, par le motif que le requérant n'avait jamais eu l'autorisation de résider.

Le retrait de naturalisation est également discrétionnaire depuis la loi du 7 avril 1915, qui autorise le gouvernement à rapporter les décrets qui ont accordé la naturalisation à d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France.

d) *Concessions de mines*. — Enfin il est permis de voir un acte discrétionnaire de faveur dans l'octroi d'une concession de mine. En cette matière également, le grief de détournement de pouvoir semble impossible car l'Administration jouit ici d'une latitude absolue. Elle peut refuser la concession; elle peut l'octroyer à son heure; on a même vu, à notre époque, des demandes laissées plusieurs années en souffrance, intentionnellement, pour des motifs que nous allons exposer. Enfin, saisie de plu-

sieurs demandes touchant la concession d'une seule mine, elle est absolument libre de l'accorder à qui elle veut (Loi de 1810, art. 16). Et même, remarquable exemple d'extention jurisprudentielle de son pouvoir, l'Administration peut imposer au concessionnaire des conditions non prévues par la loi du 21 avril 1810 et contraires au principe de la gratuité.

Aux environs de 1900, la question des concessions de mines était à l'ordre du jour dans l'opinion parlementaire. Les demandes de concessions pendantes étaient toutes relatives à des mines fort riches, dont le rendement devait assurer la fortune du concessionnaire. Il s'agissait de minerais aurifères du centre et de minerais de fer de l'Est et de Normandie.

Le pouvoir exécutif jugea que la gratuité des concessions, proclamée dans la loi de 1810, aboutissait à faire faire par l'État un véritable cadeau à une société. Dès lors les concessions furent systématiquement refusées, tant que le Parlement n'aurait pas refondu la législation, et substitué l'adjudication des mines à leur concession. Les choses restèrent ainsi longtemps, et le Parlement ne votait toujours pas la loi demandée. Alors, ne pouvant laisser ainsi inutilisées les richesses du sol, l'Administration recommença à donner des concessions, seulement elles ne furent plus gratuites, grâce au système

des « fonds de concours ». La concession est réservée à celui des demandeurs qui offre de concourir à des dépenses d'intérêt public, telles que constructions de routes ou chemins de fer d'intérêt local, etc...

Ce qui est plus grave, c'est que tout récemment, les offres de concours sont devenues des moyens pour l'État de participer aux profits de la mine. C'est ainsi que des décrets de concession du 4 avril 1912 constataient l'abandon à l'État de 20 % des bénéfices et que le décret du 8 juillet 1914, concédant à la compagnie de Moissac les minerais aurifères de Saint-Yrieix, n'a été accordé qu'en considération d'une lettre du demandeur qui offrait à l'État 15 % des bénéfices et du produit de la liquidation. Or, les décrets de concession ne sont pris qu'après avis du Conseil d'État. Et pourtant, ce même Conseil d'État disait, dans un avis des 19 et 26 décembre 1907 : « Une clause admettant la participation de l'État et des ouvriers aux bénéfices, serait contraire aux dispositions légales actuelles ».... et dans une note collective du 28 novembre 1912 (*Revue de Législation des mines*, 1914, 37), il protestait « n'avoir jamais admis la participation véritable de l'État au produit de la mine, qu'il avait simplement admis qu'on pouvait prendre en considération des offres « de concours ». Pourtant il faut bien admettre, vu les décrets de 1912 et 1914 précités, que le Conseil d'État, où du moins la section administrative des

Travaux publics, admet l'abandon de la gratuité. D'ailleurs l'avis précité des 19 et 26 décembre 1907 est explicite : « L'insertion dans le cahier des charges « d'une stipulation imposant au concessionnaire des « versements à titre de fonds de concours..... serait « contraire au principe de la gratuité; sauf au gouvernement à prendre en considération, pour le « choix des concessionnaires, les offres de concours « formulées par les demandeurs en concession. »

Reste à savoir ce qu'en penserait l'assemblée du contentieux, saisie de la question à l'occasion d'un litige. Or, il est permis de supposer qu'elle validerait le système des offres de concours, par analogie avec ce qu'elle a décidé dans l'affaire *Compagnie des mines de Vimy et de Fresnoy* (14 juin 1912) citée par M. Blanchet dans sa thèse sur les concessions de mines (Paris 1914, Tome 21, 105). La requête était dirigée contre un décret qui, en autorisant la fusion de deux concessions, avait exigé que l'exploitation fut reprise dans un délai de quinze ans. Le Conseil d'État rejette la requête : « Considérant qu'en imposant cette condition, le gouvernement n'a pas entendu établir un cas de déchéance non prévu par la législation en vigueur, mais seulement rappeler à la Compagnie qu'elle encourait la déchéance de l'article 10 de la loi du 27 avril 1838, si les conditions prévues par l'article 49 de la loi du 21 avril 1810 se trouvaient réalisées. »

Cet arrêt consacrant d'une façon très large le pouvoir de l'Administration au sujet de la fusion des concessions, — il est permis de penser que l'Assemblée du contentieux agirait dans le même sens à l'égard de l'extension du pouvoir discrétionnaire qui résulte du système actuel des offres de concours.

e) *Retraits de concessions de mines.* — Notons que le retrait de concession n'est pas discrétionnaire (V. Conseil d'État : *Péron, Girard, Talabot*, 28 juillet 1852). Il peut être prononcé pour défaut de paiement des taxes (art. 6, loi du 27 avril 1838), ou pour inexploitation pouvant préjudicier à la sûreté publique, ou aux consommateurs (art. 49, loi du 21 avril 1810). Dans ces deux cas est ouvert le recours de l'article 6, de la loi de 1838, précitée, — recours « porté au Roi par la voie contentieuse ». Le Conseil d'État a jugé que ce recours était contentieux et non dispensé du ministère d'avocat (13 novembre 1896, *Salarmier*). Il n'y a donc pas là de pouvoir discrétionnaire.

2. Refus et retraits de permissions de voirie

« On appelle permission de voirie l'autorisation donnée
« à un particulier, par l'autorité administrative compé-
« tente, de faire de la voie publique un usage autre que
« celui qui, de droit commun, appartient à tous les habi-
« tants. (TARDIEU, V^o Voirie terrestre, au Rép. Béquet.)

Cette définition indique bien que le pouvoir d'appréciation de l'Administration est ici absolu; elle

peut refuser la permission, puisque c'est une véritable faveur qu'on lui demande. Et en effet, le Conseil d'État, tout en admettant le recours pour excès de pouvoir contre les refus de permissions de voirie ne consent à les annuler que pour vice de forme ou incompétence (V. par exemple, l'arrêt du 26 novembre 1886), mais non pas pour détournement de pouvoir. C'est dire que le refus peut être motivé par tout autre intérêt que celui de la voirie et que l'octroi de la permission peut être subordonné à telles conditions qu'il plairait à l'Administration d'imposer.

Nous n'étudierons comme permissions de voirie que celles qui concernent l'établissement de canalisations sous la voie publique, laissant de côté les alignements individuels et les autorisations de bâtir, que l'Administration ne peut pas refuser discrétionnairement.

La loi du 5 avril 1884 confie au maire les permissions de voirie sur les voies publiques qui sont placées dans ses attributions (art. 98). Pour les autres, c'est le préfet qui est compétent. La loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie le dit dans son article 5. « Les permissions de voirie sont délivrées par le Préfet ou le maire, suivant la voie empruntée..... »

Voici quelques espèces :

Compagnie centrale du gaz (19 mars 1880). Cette compagnie avait obtenu en 1857 la permission

gratuite d'établir des canalisations sous la voie publique. En 1877, elle demande à les prolonger. Le Préfet refuse si la Compagnie ne donne pas désormais une redevance pour les canalisations nouvelles. Le Conseil d'État a jugé que le Préfet en avait le droit par extension de la loi du 20 décembre 1872, permettant de percevoir des redevances à l'occasion des occupations temporaires du domaine maritime. Nous retrouverons cet arrêt en parlant des retraits de permissions.

Le Blanc et Georgi (25 janvier 1884). Les requérants demandaient à établir des canalisations et offraient de fournir le gaz à la ville de Narbonne à de meilleures conditions que la Compagnie existante. Le Préfet de l'Aude refuse, pour ne pas léser les intérêts de la Compagnie, et non dans l'intérêt de la voirie, en vue par conséquent de créer un monopole de fait, ce qui, nous le verrons, est l'aspect le plus fréquent du détournement de pouvoir. Mais ici, l'acte étant discrétionnaire, ce grief ne saurait être invoqué, et le Conseil d'État, tout en recevant la requête, l'a rejetée au fond.

Bonhomme (6 mars 1885). Dans cette espèce toute pareille à la précédente, la requête a été jugée irrecevable. Le sieur Bonhomme voulait, au moyen d'une canalisation, amener dans son champ l'eau d'une source qu'il possédait. Mais son droit de propriété était contesté et le maire lui refusait la permission

d'établir la canalisation, tant qu'il n'aurait pas obtenu un jugement réglant son droit. Le Conseil d'État refuse d'annuler l'acte du maire : « Considérant que le refus du maire n'est pas de nature à être déféré à la juridiction contentieuse par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872, qu'ainsi le recours n'est pas recevable. »

Compagnie générale du gaz pour la France et l'étranger (26 décembre 1891). La Compagnie n'ayant pas voulu accepter de payer la redevance demandée, le Préfet lui refuse la permission d'établir une canalisation. La Compagnie ayant saisi le Conseil d'État de l'affaire, celui-ci déclare la requête irrecevable.

Compagnie départementale pour l'éclairage au gaz (17 janvier 1902). Même espèce, même jugement : « Considérant qu'en l'absence de tout engagement contractuel, les permissions de voirie constituent des *actes discrétionnaires*..... »

Société mutuelle d'électricité de Neuilly (27 mars 1903). La ville ayant concédé un monopole à la Compagnie Mildé, le maire refuse la permission de voirie à la Société Mutuelle dans le but évident de sauvegarder les intérêts de la première. Le Conseil d'État rejette pourtant, comme irrecevable, la requête de la Société mutuelle.

Survint la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie électrique; elle a inspiré l'arrêt :

Compagnie des tramways de l'Est parisien

(11 avril 1913). Cette Compagnie demandait la permission d'établir de nouvelles canalisations et d'utiliser, pour distribuer l'éclairage, ses excédents d'énergie électrique. Le Préfet de la Seine lui refusa, en disant que les Compagnies concessionnaires de tramways ne peuvent utiliser leurs canalisations que pour la traction de leurs voitures..... Le Conseil d'État a annulé la décision du préfet comme méconnaissant la loi de 1906 :

« Considérant que la loi de 1906 ne reconnaît aux particuliers aucun droit à l'obtention de permissions de voirie pour l'établissement de canalisations dans le sol des voies publiques; que l'octroi de permissions de cette nature rentre, après comme avant la loi de 1906, dans le pouvoir d'appréciation de l'Administration, à laquelle il appartient de juger si la sauvegarde des intérêts généraux dont elle a la charge, ne doit pas s'opposer à l'admission de ces demandes.....

« 5. Considérant que la décision attaquée du Préfet est motivée par cette unique considération que les Compagnies concessionnaires de tramways ne peuvent utiliser leurs canalisations électriques que pour la traction de leurs voitures; que cette disposition méconnaît la loi de 1906 et doit par suite être annulée pour excès de pouvoir».....

Retraits de permissions de voirie. — Une fois accordée, la permission fait naître un véritable droit acquis. Le retrait de la permission viole donc un droit et n'est pas discrétionnaire; la théorie du détournement de pouvoir trouve ici à s'appliquer.

C'est ainsi que le Conseil d'État annule les retraits prononcés dans un intérêt financier pour obtenir une redevance.

Dehaynin (29 novembre 1878);

Compagnie centrale du gaz (19 mars 1880). L'arrêt *Compagnie centrale du gaz* juge deux espèces. La première était un refus. Nous l'avons analysée plus haut. Le Préfet avait refusé à la Compagnie la permission de prolonger ses canalisations, tant qu'elle n'accepterait pas de payer la redevance. Mais, en outre, il prétendait subordonner aussi à une redevance le maintien des canalisations existantes. Le Conseil d'État annule cet acte qui était un retrait déguisé et entaché de détournement de pouvoir. Citons encore les arrêts : *Société française du matériel agricole* (15 juin 1883), *Compagnie du gaz d'Agen* (4 janvier 1895), *Tauveron* (15 novembre 1895).

En 1908 intervint un décret (du 3 avril), relatif aux canalisations électriques. Son article 12 dispose que les actes qui autorisent la création de ces canalisations sont révocables «sous les conditions ordinaires des arrêtés réglementaires relatifs à ces permissions ». Il n'y a plus là de pouvoir discrétionnaire puisqu'il s'agit de retraits. La révocation peut avoir lieu notamment : « Si le permissionnaire ne se conforme pas, après mise en demeure, aux obligations qui lui sont imposés par sa permission

« soit par les lois et règlements. Les permissions sont « également révocables si la distribution cesse d'être « affectée à l'usage qui avait motivé l'autorisation. » Cette législation est parfaitement observée par la jurisprudence la plus récente, par exemple avec l'arrêt *Meurdrac* (14 janvier 1910) relatif à l'éclairage au gaz de la ville des Andelys. Le maire retirait à Meurdrac la permission de poser des canalisations, parce que celui-ci refusait d'éclairer la ville à des conditions meilleures pour elle, que celles stipulées dans la concession précédente. Le Conseil d'État annule l'arrêté du maire avec les motifs suivants : « Considérant que les permissions de voirie, bien que précaires et révocables, ne peuvent être arbitrairement retirées quand l'intérêt de la sécurité ou de la circulation n'en font pas une obligation. » Il ne faudrait pas croire, comme cette formule le dit, que les retraits soient toujours annulés quand ils sont prononcés pour des motifs étrangers à la circulation ; c'est bien la doctrine de la Cour de cassation, mais ce n'est point celle du Conseil d'État. Il admet, en effet, les retraits prononcés pour les motifs suivants :

— Inobservation des délais prescrits pour l'exécution des travaux (*Gaz de Saint-Amand*, 29 janvier 1897).

— Manque de sécurité pour les ouvriers (*Brillouin*, 1^{er} juillet 1898).

— Refus de se soumettre à la révision de la redevance (*Gaz d'Abbeville*, 25 janvier 1907).

— Inutilisation de la permission (*Joya*, 31 juillet 1908).

— Modification de l'affectation des canalisations (*Gaz de Guise*, 19 mai 1905).

Ce dernier motif de retrait peut trouver, après coup, sa justification dans le décret de 1908 précité, relatif aux canalisations électriques; mais un motif qui paraît au premier chef entaché de détournement de pouvoir est celui qui est tiré du souci de ne pas engager les finances de la commune; et pourtant le Conseil d'État admet les retraits qui s'en inspirent.

V. les arrêts suivants :

Colette (10 juillet 1896). Le maire de Sedan avait permis au requérant de poser des canalisations pour distribuer la lumière électrique dans la ville, où n'existait encore que l'éclairage au gaz. Le Conseil de préfecture ayant accordé une indemnité au concessionnaire du gaz, le maire retire à Colette sa permission, pour que l'indemnité cesse de courir et le Conseil d'État rejette le pourvoi de Colette, par le motif que le maintien à celui-ci de sa permission, « aurait été contraire à l'autorité de la chose jugée et aurait engagé les finances de la commune. »

V. aussi *Goret* (5 juin 1902) dispositif et motifs identiques, *Rambaud* (19 mars 1911) dispositif et motifs semblables.

La Cour de cassation refuse de suivre le Conseil d'État dans cette voie; elle estime que les retraits manquent de base s'ils ne sont point prononcés dans l'intérêt de la voirie. V. C. Cass. *Gorel* (25 octobre 1900) rapporté dans D. 1901.1.206. V. aussi C. Cass. : *Pescloux* (31 décembre 1903). En sens contraire, V. C. Cass. : *Laurent* (28 novembre 1908) où la Cour de Cassation ne se préoccupe pas des motifs.

3. Permissions autorisant un usage des cours d'eau contraire à leur destination naturelle

Nous grouperons sous ce titre toutes les mesures de l'Administration relatives aux demandes de stationnement sur les cours d'eau navigables; aux demandes de prises d'eau, aux demandes d'établissement de barrages, d'usines, d'appontements sur les cours d'eau.

Longtemps, l'Administration put opposer à toutes ces demandes des refus discrétionnaires, le recours contre eux était irrecevable. Nous verrons que la jurisprudence, plus encore que la législation, a, depuis 1900 environ, tendu à restreindre le pouvoir de l'Administration. Cette évolution coïncide avec l'essor nouveau pris par le recours pour excès de pouvoir depuis 1900. Voici quels sont actuellement les textes en vigueur :

a) *Rivières non navigables, ni flottables.*— Les permis

de stationnement sur ces rivières sont délivrés par le maire (Loi du 5 avril 1884, art. 98). Mais les établissements permanents sont de la compétence du Préfet qui n'a pas un pouvoir discrétionnaire : dans l'affaire *Croizet* (10 juillet 1903), le Conseil d'État annule l'arrêté d'un Préfet qui refuse à un propriétaire l'autorisation de construire un barrage sur un cours d'eau non navigable traversant son domaine, cela pour ne pas nuire à un lavoir communal situé en aval. — Et par l'arrêt *Pagès* (22 mars 1901), il manifeste l'intention d'annuler tous les refus d'autorisation de prise d'eau sur rivières non navigables qui s'inspirent de motifs autres que les suivants :

- Prévenir les inondations;
- Conserver aux eaux leur écoulement naturel;
- Assurer la salubrité publique;
- Assurer l'exécution des lois et règlements.

b) Rivières navigables et flottables. — Pour tout ce qui touche cette catégorie de cours d'eau, les Préfets sont compétents. D'après le décret du 25 mars 1852, ils n'étaient compétents que pour autoriser les établissements temporaires et les prises d'eau au moyen de machines, si elles ne modifiaient pas sensiblement le régime des eaux. La loi du 8 avril 1898 augmente le pouvoir des Préfets; elle dispose, en effet, dans son article 12 : « Les Préfets statuent « après enquête sur les demandes ayant pour objet :

« 1^o L'établissement d'ouvrages intéressant le régime
« et l'écoulement des eaux;

« 2^o La régularisation de l'existence des usines
« établies sans permission;

« 3^o La révocation ou la modification des permis-
« sions accordées. »

Contre la décision du Préfet, l'article 13 vient ensuite ouvrir deux recours : un recours administratif, jugé par décret en Conseil d'État, et le recours pour excès de pouvoir, que la loi appelle « contentieux ». Enfin, aux termes de l'article 38 du décret du 8 octobre 1901, ce sont les ingénieurs des Ponts et Chaussées qui autorisent le stationnement des bateaux sur les rivières navigables.

Or, en cette matière, le Conseil d'État ne reconnaît pas à l'Administration un pouvoir discrétionnaire absolu. Il n'hésite pas, à l'occasion, à annuler certains refus entachés de détournement de pouvoir. C'est ainsi que par l'arrêt : *Société de vidanges et d'assainissement des propriétaires et locataires rouennais* (13 mars 1908), il annula un refus de stationnement sur une rivière navigable, — refus basé sur le motif que l'usine de la Société était un établissement dangereux, fonctionnant irrégulièrement. Or l'ingénieur qui prononça ce refus n'avait, dit le Conseil d'État, qu'à se préoccuper de la navigation : « Considérant que, s'il appartient aux ingénieurs en vertu du décret du 8 octobre 1901, de prescrire les mesures

nécessaires pour assurer le service de la navigation, ils ne peuvent se fonder, pour refuser des autorisations, sur des motifs étrangers à l'intérêt de la navigation.»

Par contre, il validait un autre acte par où ce même ingénieur refusait, mais pour des motifs de sa compétence, d'accorder un *poste d'accostage*.

Quant aux retraits, ils sont discrétionnaires, dit l'article 8 de la loi du 8 avril 1898 : « Les prises « d'eau et autres établissements créés sur les cours « d'eau navigables, même avec autorisation, peuvent « toujours être modifiés ou supprimés. » La jurisprudence antérieure se trouve ainsi consacrée. V. les arrêts *Lecreux* (5 février 1867); *Compagnies des hirondelles bordelaises* (9 mars 1870); *Tugault* (29 juillet 1870); *Crétée* (27 juillet 1870); *Fidèle Simon* (31 juillet 1891).

C. ACTES DISCRÉTIONNAIRES DE L'ADMINISTRATION DANS L'EXERCICE DE SES POUVOIRS DE POLICE

Nous rangerons dans cette catégorie :

- 1^o La police de l'hygiène et de la sécurité;
- 2^o La police des cultes;
- 3^o La police de la voirie fluviale;
- 4^o La police de la voirie urbaine;
- 5^o Les actes de police provoqués par les demandes des particuliers, et consistant en autorisations et refus d'autorisation.

1. Police de l'hygiène et de la sécurité

Elle comprend d'abord la police municipale, telle que la définit l'article 97 de la loi du 5 avril 1884. Elle est exercée par le maire, ou, à son défaut, par le préfet (à Paris, par le préfet de police) (art. 99).

Voici quelques arrêts relatifs à ces pouvoirs de police : *Nonathier* (18 mars 1898). V. la note de M. Hauriou, dans S. 99.3.3. Nous avons déjà cité cet arrêt. Le Conseil d'État a jugé que le maire dépasse ses pouvoirs de police quand il interdit, dans l'intérêt des voisins, à une personne de recueillir et de soigner chez elle des tuberculeux.

La police municipale comporte-t-elle *de plano*, le droit de soumettre à une autorisation préalable certaines manifestations de l'activité sociale jugées dangereuses, et celui de prononcer leur interdiction ? Dans l'arrêt *Vignet* (13 mars 1885), le Conseil d'État jugea qu'il y aurait là une gêne intolérable à la liberté de l'industrie et se décida pour la négative. Dans cette affaire le préfet de police avait pris un arrêté soumettant à une autorisation préalable la création de ruchers et le maintien de ceux qui existaient. Le Conseil d'État annula l'arrêt comme excédant les pouvoirs de police du préfet et comme violant la liberté de l'industrie. Le commissaire du gouvernement, M. Le Vavasseur de Précourt, exprimant la théorie qui régnait alors, disait que les

pouvoirs de police doivent toujours « observer les « principes fondamentaux du droit public » (par exemple, la liberté de l'industrie). Le Conseil d'État n'est plus de cet avis en 1897, dans l'affaire *Ville de Dax*, 3 décembre 1897 (S. 98.3.145, note M. Haurion). — Cette fois, la liberté du commerce lui semble de peu de poids, en face de l'intérêt général de tous les citoyens. Le maire de Dax avait autorisé une course de taureaux avec mise à mort de l'animal. Le préfet des Landes annula cet arrêté et interdit les courses de taureaux dans tout le département. Cette affaire soulevait deux questions : celle qui nous intéresse n'est pas de savoir si l'article 95 de la loi municipale, qui permet au préfet d'annuler certains actes du maire, trouvait ici son application ; — ce qui nous intéresse c'est que le Conseil d'État rejeta le pourvoi de la Ville, jugeant ainsi que le Préfet, en prononçant l'interdiction n'avait pas excédé ses pouvoirs, ni violé la liberté de l'industrie. C'est une extension très notable donnée au pouvoir de police si l'on songe qu'aucune loi ne règle la question des courses de taureaux. M. Hauriou, dans sa note trouve cette extension regrettable et propose de limiter la police municipale aux actes suivants : 1^o Adresser des injonctions pour forcer les particuliers à faire disparaître ce qui pourrait nuire à l'hygiène ou à la sécurité ; 2^o édicter des mesures de précaution ; 3^o faire assurer le bon ordre par les agents de police.

L'éminent professeur est d'avis que la police ne comporte pas le droit d'interdiction.

Pour nous, il nous semble que cet arrêt est au contraire satisfaisant; le Conseil d'État renforce le pouvoir de police au détriment d'un ou de plusieurs particuliers, certes, mais pour le plus grand profit de la moralité publique et en définitive dans l'intérêt bien compris des individus.

La police municipale comprend encore, en vertu de l'article 9 de la loi du 17 juillet 1880, le droit pour les maires de fixer la distance qu'il doit y avoir entre les débits de boissons et les édifices servant au culte et à l'instruction. La jurisprudence du Conseil d'État en fait un pouvoir discrétionnaire. V. les arrêts *Veuve François* (7 août 1883) et *Blanc et Delcasso* (4 juillet 1884) : « *Considérant que l'appréciation des motifs pour lesquels le maire fixe cette distance, n'est pas susceptible du recours pour excès de pouvoir.....* »

Enfin, nous mentionnerons ici tous les actes accomplis en application de la loi du 15 février 1902, sur l'hygiène publique, notamment les arrêtés édictant les règlements sanitaires prévus par cette loi. Ces règlements sont soumis au recours pour excès de pouvoir. V. les arrêts : *Marc et autres* (5 juin 1908, S. 1909.3.114, et la note de M. Hauriou). Il s'agissait du règlement sanitaire du département de la Seine fait en 1904. Il imposait aux propriétaires d'immeu-

bles bâtis des obligations que l'un d'eux, M. Marc, ainsi que plusieurs autres, attaquaient comme illégales. Nous n'entrerons pas dans le détail des mesures annulées par le Conseil d'État et de celles qu'il a maintenues; nous retiendrons seulement la formule qu'il donne du pouvoir discrétionnaire du Préfet en cette matière: « Considérant qu'en vertu de l'article 1^{er} de la loi de 1902 il appartient au règlement sanitaire de fixer les règles de salubrité auxquelles doivent être soumis tous les immeubles..... que les seules restrictions apportées à l'exercice de ces pouvoirs sont celles qui résultent de la *nécessité de concilier les intérêts primordiaux de la santé publique avec le respect dû à la propriété et à la liberté de l'industrie.* »

Que nous sommes loin de la formule de M. Le Vasseur de Précourt, dans l'affaire Vignet ! (V. *supra*). Le Conseil d'État ne pose plus désormais la liberté de l'industrie comme l'une des limites intangibles qui bornent l'action de la police; il cherche, au contraire, jusqu'où peuvent aller les sacrifices qu'on peut imposer à la propriété et à l'industrie, dans l'intérêt de la santé publique; — intérêt qui est déclaré primordial. On retrouve identiquement la même formule dans les arrêts *Vial* (15 janvier 1909), *Gay et Chambre syndicale des propriétaires de Marseille* (21 mai 1909); *Baillet, Laurent, Quesnay, Marc* (30 juillet 1909).

Notons que l'arrêt Marc de 1901, est invoqué par MM. Hauriou et Le Fur (*Revue générale de l'Administration*, 1911, I, 385), comme prouvant que, par le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État est entré dans l'appréciation de l'opportunité des actes discrétionnaires. Selon la formule de M. Teissier, commissaire du gouvernement dans l'affaire Marc, la mission du Conseil d'État dans cet ordre d'idées « apparaît plus comme un contrôle administratif supérieur, exercé *a posteriori* en la forme judiciaire que comme un contentieux à proprement parler dans le sens ancien et étroit de ce mot. » (Rec. Lebon, p. 623, année 1908). Dans sa note sous le même arrêt, M. Hauriou (S. 1909.3.114), déclare que le juge statue ici comme une autorité administrative plutôt qu'il ne tranche un litige.

Les municipalités ont encore un certain pouvoir discrétionnaire lorsque l'insuffisance de l'initiative privée les oblige à prendre des mesures pour assurer à la population certains services indispensables (soins médicaux, alimentation). C'est ainsi qu'en certaines circonstances le Conseil municipal peut juger utile, dans une commune pauvre, de subventionner un médecin chargé de soigner gratuitement tous les habitants. Le Conseil d'État reconnaît la légalité d'une telle mesure, si elle est justifiée. C'est le cas dans l'arrêt *Bonnardot* (7 août 1896). Mais cette mesure peut être entachée de détournement, et alors

le Conseil d'État l'annule comme dans les affaires : *Casanova* (29 mars 1901, S. 1901.3.73 et la note de M. Hauriou) et *Espagnol* (24 juillet 1907). Dans ces deux espèces, un conseil municipal avait jugé utile d'appointer un médecin chargé de soigner tous les habitants, malgré la présence d'officiers de santé dans la commune et le Préfet avait approuvé cette décision.

Le Conseil d'État, en accueillant dans le premier arrêt (*Casanova*) le pourvoi d'un contribuable comme basé sur un intérêt suffisant, inaugurerait une jurisprudence nouvelle. Dans les deux arrêts, il annula la décision du Conseil municipal par le même motif : « *Considérant que, si les conseils municipaux peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants.....* il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmeto. » Cette formule a soulevé une controverse de doctrine entre MM. Michoud et Hauriou. Celui-ci dans sa note (S. 1901.3.73), voit dans la mention de « circonstances exceptionnelles » l'intention, chez le Conseil d'État, de les apprécier lui-même et, d'une façon plus générale, l'éminent doyen de la faculté de Toulouse déclare que, par l'arrêt *Casanova*, le Conseil d'État entend « prendre en mains la tutelle financière des communes », même au point de vue de l'opportunité. C'est ce que nie M. Michoud dans son étude (*op. cit.*, p. 32). Pour le savant professeur de Grenoble, nous le savons, le

grief tiré du détournement de pouvoir ne sort pas du domaine de la légalité : « *A nos yeux le détournement de pouvoirs est bien une illégalité, et le Conseil « d'Etat en l'examinant, ne sort nullement du domaine « contentieux.* » (*op. cit.*, p. 85). Dans l'arrêt Casanova, selon lui, le Conseil d'État ne juge pas que la municipalité a mal apprécié les limites qu'elle peut imposer au principe de la libre concurrence, mais il juge que la délibération a dépassé les attributions d'un conseil municipal; bref, il annule la décision, non pas comme inopportune, mais comme violant une règle de droit. Quant aux « circonstances exceptionnelles mentionnées par le considérant, le Conseil d'État en fait aussi des règles de droit et se réserve, non pas de les apprécier en elles-mêmes, mais simplement d'en constater l'absence ou l'existence.

C'est dans des termes absolument identiques et pour le même motif (« absence de circonstances exceptionnelles ») que le Conseil d'État, par l'arrêt *Deservik* (1^{er} février 1901, S. 1901.3.41, note Hauriou), annula une délibération de conseil municipal subventionnant une boulangerie coopérative. Cet arrêt fut rendu conformément aux conclusions de M. Teissier, commissaire du gouvernement.

2. Police des cultes

La police des cultes rentre dans les attributions données au maire par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884.

Elle comprend, pourrait-on dire, la réglementation de toutes les manifestations extérieures du culte, qui par leur nature même pourraient troubler l'ordre public.

Mais sa compétence s'arrête au seuil de l'église, le maire n'a pas le droit, par exemple, d'en fixer les heures d'ouverture. Une telle mesure, en effet, violerait l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907, qui dispose : « A défaut d'associations cultuelles, les « édifices affectés à l'exercice du culte continueront « à être laissés à la disposition des fidèles et des « ministres du culte pour la pratique de leur religion. » En conséquence, le Conseil d'État, dans l'arrêt *abbé Sommé* (11 avril 1913), annula un arrêté du maire qui fixait les heures d'ouverture de l'église.

A fortiori le maire ne peut-il prononcer la fermeture d'une église en invoquant le trouble causé à l'ordre public, par l'exercice du culte. V. Cons. d'E. *abbé Déliard* (8 février 1908). Dans cet arrêt, le Conseil d'État annule l'arrêté du maire pour détournement de pouvoir : « Considérant..... qu'à la vérité le maire a motivé son arrêté sur ce que la célébration du culte pouvait entraîner des désordres, mais considérant que, s'il lui appartenait, aux termes de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de prendre les mesures qu'exigeait le maintien de l'ordre dans l'église, il était tenu de concilier l'accomplissement de ce devoir

avec le respect du libre exercice des cultes, garanti par la loi du 9 décembre 1905 (art. 1^{er}) et par la loi du 2 janvier 1907 (art. 5), et qu'en ordonnant la fermeture de l'église, alors qu'il ne s'était produit aucune circonstance exceptionnelle pouvant rendre une telle décision nécessaire, il a excédé ses pouvoirs..... »

Mais le maire est compétent pour les manifestations extérieures du culte. Il peut interdire dans l'intérêt de l'ordre public les processions. V. Cons. d'Et. *Ville de Tourcoing* (5 août 1908), *abbé Olivier* (15 février 1909).

Le Conseil d'État ne se reconnaît pas le droit d'apprécier la réalité du danger couru par l'ordre public. Seulement, une restriction générale au pouvoir discrétionnaire réside dans l'obligation, pour le maire, de respecter les usages locaux. C'est ainsi qu'il excède ses pouvoirs s'il interdit le port du viatique dans les conditions consacrées par les traditions locales. V. Cons. d'Et. *Déguille* (19 mars 1909). Mais le Conseil d'État refuse d'annuler la décision du maire s'il est établi que le port du viatique avait les proportions d'une procession, car le maire, nous l'avons vu, peut interdire les processions. V. Cons. d'Et. abbés *Poirier et Berthier* (9 avril 1904).

Les usages locaux sont encore violés, et en conséquence, le maire voit son acte annulé, s'il interdit

au clergé d'accompagner les convois funèbres en habits sacerdotaux. V. les arrêts :

Abbé Garcin (2 août 1907);

Abbé Daumont (2 août 1907;)

Abbé Valette (14 février 1908, S. 09.3.1 et la note Hauriou);

Abbé Olivier (déjà cité); cet arrêt est ainsi motivé : « Considérant que le maire doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois; qu'il appartient au Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté, non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale — mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi; considérant qu'il résulte de l'instruction que, dans la ville de Sens, aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le maire..... »

Abbé Gérard (4 mars 1910, même espèce).

Sellenet (15 avril 1910).....

Des dispositions spéciales régissent la réglementation de l'usage des cloches (Art. 50 du décret 16 mars 1906).

Le maire doit concilier l'exercice de son pouvoir avec le respect de la liberté des cultes. V. Cons. d'Ét. : *Abbé Morel* (5 août 1908, S. 09.3.1).

La décision du maire qui, sans aucun motif tiré de l'intérêt public, interdit les sonneries avant 7 ou 8 heures le matin, selon la saison, et après 8 h. le soir en toute saison, est entachée d'excès de pouvoir. V. Cons. d'Ét. : *Arnault* (20 juin 1913) et *Desvals* (6 mars 1914).

Enfin, touchant l'emploi des cloches de l'église pour des sonneries civiles, l'article 51 du décret du 16 mars 1906 dispose : « Les cloches des édifices « servant à l'exercice public du culte peuvent être « employées aux sonneries civiles dans les cas de « péril commun qui exigent un prompt secours. Si « elles sont placées dans un édifice appartenant à « l'État, au département, à la commune, ou à une « association cultuelle, elles peuvent être en outre « utilisées dans les circonstances où cet emploi est « prescrit par les lois ou les règlements, ou autorisé « par les usages locaux. »

Le maire excède ses pouvoirs s'il permet l'usage des cloches pour les enterrements et les mariages civils. V. Cons. d'Ét. : *Braux* (5 août 1908).

3. Police de la voirie fluviale : Règlements d'eau

Les règlements d'eau fixent l'usage de la force motrice. Ils sont de la compétence du préfet.

Sous la Restauration, le Conseil d'État déclarait irrecevables, à raison de leur nature, tous les recours dirigés contre eux (*Muteau*, 18 juin 1823). Mais à

à partir de la Monarchie de juillet, les recours furent examinés au fond, et les règlements annulés si les formalités étaient omises. Cons. d'Ét. :

Laperche (23 août 1836);

Drumeaux-Gendarme (25 mars 1846);

Courlès-Bringon (26 novembre 1846);

Syndical des arrosages de Sainte-Cécile (4 mai 1854);

Canal de la Durançole (24 janvier 1856);

Gauthier (24 mai 1860);

Dauzel (19 juillet 1860), etc.....

4. Police de la voirie urbaine

C'est peut-être en cette matière que l'on trouve les plus nombreux cas de détournement de pouvoir : Telles sont, par exemple, les innombrables affaires où des maires interdisent à certaines sociétés musicales de sortir et de se faire entendre sur la voie publique, pour favoriser des sociétés rivales, ou bien par rancune politique.

V. Cons. d'Ét. : *Société la Seynoise* (1^{er} juillet 1898);

Delloye (29 décembre 1905);

La fraternelle de Beuzeville (22 novembre 1907);

Leducq-Delsaux (5 juillet 1912);

L'harmonie indépendante de Saint-Chinian (10 janvier 1913).

Telles sont encore les affaires où l'on voit le maire user de ses pouvoirs de police en vue de constituer un monopole à un particulier. Ainsi le Conseil d'État

annule les arrêtés qui donnent à un seul entrepreneur de transport le droit de stationner sur la voie publique : *Bouchardon* (2 août 1870), *Brillouin* (1^{er} juillet 1898); ou bien les arrêtés interdisant à tous les conducteurs de voitures, à l'exception d'un seul, de circuler sur la voie publique pour offrir leurs services aux voyageurs. *Roblin, Julier, Giverdon et Cie* (9 août 1889), ou enfin les arrêtés réservant à un seul entrepreneur l'accès de la cour d'une gare pour le transport des voyageurs : *Lesbats* (25 février 1864).

5. Actes de police provoqués par les demandes des particuliers et consistant en autorisations et refus d'autorisations.

a) *Sources minérales*. — Refus d'autoriser l'exploitation d'une source minérale.

Pour exploiter une source, il faut une autorisation (arrêté du 29 nivôse de l'an VII). Les refus d'accorder de telles autorisations ne sont pas discrétionnaires. Le Conseil d'État les annule pour détournement de pouvoir, s'ils sont prononcés dans un autre but que celui d'assurer la santé publique. V. Cons. d'Ét. : *Larbaud* (6 décembre 1878). Dans cette affaire il s'agissait d'un refus d'exploiter une source à Vichy prononcé pour ne pas nuire à une source voisine exploitée par l'État. Annulé. *Dubois* (16 juillet 1886). Espèce et décision identiques.

b) *Refus d'autoriser la création d'établissements dangereux, incommodes et insalubres* (Décret du 15 octobre 1810). — Depuis le décret du 25 mars 1852, c'est le Préfet qui autorise la création d'établissements de la première comme de la deuxième classe.

Leur suppression ne peut être prononcée que par décret, même pour les établissements de la 2^e classe. V. Cons. d'Ét. *Barthélémy* (27 novembre 1896).

L'affaire de la voirie de Bondy n'infirmes pas cette règle. V. Cons. d'Ét. *Pigny* (2 août 1870). En effet, si l'Administration a pu la supprimer sans décret en Conseil d'État, c'est parce qu'il s'agissait d'un établissement créé par elle en dehors des prescriptions du décret de 1810, et antérieurement à ce décret. Il n'existe qu'un seul cas, très ancien, de suppression d'un établissement de la première classe, prononcée par le préfet et validée par le Conseil d'État, c'est l'affaire *David* (19 mai 1811). Cet arrêt est resté isolé. Aujourd'hui les préfets ne peuvent prononcer que la fermeture provisoire. Les refus opposés par le préfet aux demandes de création d'ateliers insalubres, sont des actes discrétionnaires. Et même, ici le pouvoir d'appréciation du Préfet a été amplifié par le Conseil d'État, au point qu'il est aujourd'hui presque aussi absolu qu'au temps où les actes discrétionnaires échappaient à tout recours. Dans l'affaire *Gauthier* (12 mars 1846), le refus « prononcé après

toutes les formalités» est déclaré inattaquable par la voie contentieuse.

Mais le 30 novembre 1883 (*Houette*), le Conseil d'État déclare entachés de détournement de pouvoirs les refus fondés sur : *Les intérêts du commerce local, ou sur la conservation de la voirie ou enfin sur le danger que présente la consommation du produit que fabrique l'usine.*

Enfin, par l'arrêt *Bourgain-Sellier* (28 juin 1911), le Conseil d'État paraît revenir à son ancienne jurisprudence en consacrant la plus grande liberté d'appréciation au profit du Préfet. Celui-ci refuse d'autoriser une fabrique de superphosphates par crainte du danger de contamination de sources voisines. Or, cette cause d'insalubrité n'est mentionnée ni dans le décret du 15 octobre 1810, ni dans celui du 3 mai 1886, ni au tableau annexé. Et pourtant, le Conseil d'État rejette le pourvoi en annulation dirigé contre l'acte du Préfet : « Considérant que les indications contenues dans ces nomenclatures, ne font pas obstacle au droit de l'Administration d'apprécier si, d'une façon générale, l'établissement projeté peut être dangereux..... et de refuser l'autorisation pour un motif autre que celui énoncé au tableau de classement annexé..... Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'il n'existe aucun moyen certain de parer à ce danger par des conditions auxquelles serait subordonnée l'autorisation».....

Bien plus le Préfet peut, non seulement en autorisant la création de l'établissement la soumettre à certaines conditions (*Thuasne*, 14 décembre 1883, *Lesage*, 4 mai 1888), — mais encore en imposer de nouvelles dans la suite, si l'arrêté d'autorisation réservait ce droit au profit de l'Administration. V. l'arrêt *Sohier* (26 décembre 1891).

Enfin, pour ce qui touche les décrets de suppression, le Conseil d'État se réserve d'examiner, d'après les résultats de l'enquête, si les inconvénients allégués sont bien démontrés. Telle a toujours été la jurisprudence, sauf pendant la courte période (1849-1850) — où le Conseil d'État reçut pour la première fois des pouvoirs de justice déléguée. En effet, nous voyons qu'avant cette période, dans l'affaire *Dubras et consorts* (3 février 1830), le Conseil d'État ne craignait pas d'annuler la décision par où un Préfet supprimait l'exploitation de plusieurs fours à chaux en invoquant la gêne causée à la circulation : « Considérant, dit l'arrêt, que les motifs tirés de la voirie vicinale sont étrangers à l'application des règlements relatifs aux ateliers pour lesquels l'autorisation est nécessaire, et que la demande des requérants ne devait être examinée que sous le rapport de l'incommodité ou de l'insalubrité; considérant qu'en l'espèce, il résulte des pièces, que lesdits fours à chaux sont établis à une grande distance des habitations et n'offrent aucun danger pour la salubrité. » Mais, sous

le régime de la loi de 1849, le Conseil d'État, moins mêlé d'éléments administratifs et devenu un vrai tribunal, se sent en conséquence moins de prise sur l'Administration. Dans l'arrêt *Vve Duquesne* (5 janvier 1850), il refuse d'annuler un décret prononçant une suppression, après l'accomplissement des formalités. Et l'arrétiste du Recueil Lebon, dans une note (Rec. Lebon, 1850, p. 1), explique que le Conseil d'État doit respecter plus étroitement les prérogatives de l'Administration depuis la loi du 3 mars 1849.

La loi du 24 mai 1872, qui rendait au Conseil d'État des pouvoirs de justice déléguée, n'a pas eu les mêmes suites. Dans l'arrêt *Pariset* (26 novembre 1875), le Conseil d'État annula des fermetures de fabriques d'allumettes prononcées pour éviter à l'État le rachat de ces usines, et faciliter ainsi l'établissement du monopole. Et dans l'affaire *commune de Dorat* (9 janvier 1885), le Conseil d'État n'a pas craint d'apprécier au fond la validité d'une suppression d'abattoir communal : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que, tant à raison du voisinage des habitations que de la situation au sud de l'agglomération communale, dans la direction des vents qui soufflent de la côte, il en résulterait de graves inconvénients au point de vue de l'hygiène. »

La jurisprudence relative aux actes de police appelle les observations générales suivantes.

Un particulier lésé par un acte de police irrégulier peut faire annuler cet acte. Mais là ne se borneront pas ses prétentions légitimes. L'annulation de l'acte incriminé met fin pour l'avenir à une situation dommageable.

Mais il faut, dans la mesure du possible, réparer le tort qui a été causé dans le passé et, autant que faire se peut, remettre les choses en l'état où elles étaient primitivement. Cela d'autant plus que l'acte discrétionnaire dommageable ne peut pas toujours être rapporté. Dans la matière des recours contre les délimitations abusives, nous avons vu qu'avant 1861, le Conseil d'État, refusant d'annuler les actes de cette nature, à cause de leur caractère discrétionnaire, la victime ne pouvait que se faire indemniser par l'autorité judiciaire. Aujourd'hui, le particulier lésé a le choix entre deux modes d'action : reprendre sa propriété, en faisant tomber l'acte par le recours en annulation, ou bien se contenter d'une indemnité en s'adressant aux tribunaux judiciaires.

Mais l'équité n'exigerait-elle pas, dans tous les cas analogues, que la victime d'un acte discrétionnaire annulable soit armée à la fois des deux modes d'action ? Il faut tendre non pas au partage, mais au cumul des deux voies de redressement : l'une réparant le dommage qui a été subi dans le passé, et l'autre mettant fin, pour l'avenir, à une situation préjudiciable.

Tel n'est pas l'état de choses actuel. Nombreux sont les cas où les particuliers n'ont aucun recours, ni en annulation, ni en indemnité. La théorie qui régnait à ce sujet avant 1903 était exprimée par M. Le Vavasseur de Précourt, commissaire du gouvernement dans l'affaire *Larbaud* (6 décembre 1878) :

« En règle générale, on peut dire que les décisions entachées d'excès de pouvoir n'ouvrent aux particuliers que les recours en annulation, sans dépens contre l'Administration, qui n'agit que dans un but d'intérêt public. Ce principe s'impose surtout en matière de police administrative. En vertu de ses pouvoirs de police judiciaire, l'Administration peut faire détenir préventivement des non-coupables, sans que ceux-ci, quand ils sont acquittés, puissent réclamer de dommages-intérêts. »

Jusqu'en 1903, les mesures de police touchant la sécurité et la liberté des citoyens, furent absolument discrétionnaires. Le Conseil d'État s'inspirait de la règle suivante, formulée dans l'arrêt *Lepreux* (13 janvier 1899). « L'État n'est pas responsable des fautes commises par ses agents dans l'accomplissement d'actes d'autorité. » Mais depuis, la jurisprudence administrative s'est montrée plus soucieuse de la liberté et des intérêts privés. Le Conseil d'État a d'abord accordé des dommages-intérêts aux victimes d'actes de police irréguliers. On lit en effet dans l'arrêt *Zimmermann* (27 février 1903) : « Considérant que, si le préfet a exercé un droit qui lui était conféré par l'article 69 de la loi du 22 juil-

let 1889, il n'a pu l'exercer qu'aux risques et périls de l'Administration. (V. la note de M. Hauriou, S. 05.3.17).

Enfin le Conseil d'État s'est mis à indemniser les victimes d'accidents produits par des mesures de police régulières. Dans l'arrêt *Thomaso Grecco* (10 février 1905, S. 1905.3.113 et la note de M. Hauriou), le recours a été déclaré recevable, mais mal fondé. Dans l'arrêt *Bluchard* (24 décembre 1909), le recours a été déclaré bien fondé. Il s'agissait d'un accident causé par la violence d'un agent de police qui avait renversé le sieur Bluchard. A la suite de cette chute, celui-ci avait contracté une impotence partielle de la jambe droite.

Nous retrouverons cette question du recours en indemnité à propos des révocations de fonctionnaires.

D. PERMIS ET AUTORISATIONS QUE L'ADMINISTRATION A LE DEVOIR D'ACCORDER, DÈS LORS QUE CELUI QUI L'EN DEMANDE RÉUNIT LES CONDITIONS LÉGALES, DONT L'ADMINISTRATION EST D'AILLEURS ELLE-MÊME CHARGÉE DE VÉRIFIER L'EXISTENCE.

Il semble qu'il n'y ait plus ici de pouvoir discrétionnaire, puisque les administrés sont armés d'un droit.

Mais ne nous y trompons pas, il est des cas où c'est

une appréciation fort délicate, que de vérifier si les conditions exigées par la loi pour que naisse le droit du requérant, sont exactement réalisées. C'est qu'en effet, ces conditions ne sont pas toujours définies par la loi avec autant de précision et d'une façon aussi limitative que pour les permis de chasse (art. 6, 7, 8 de la loi du 3 mai 1844), les alignements individuels, les permis d'entrepôt industriel (Ordonnance du 9 décembre 1814, art. 41), et l'approbation des statuts d'une Société de Secours mutuels.

Dans ce dernier exemple, notamment, la loi du 1^{er} avril 1898 (art. 16) est explicite : l'approbation des statuts d'une mutuelle ne peut être refusée que pour l'un des motifs suivants :

1^o Non conformité des statuts avec les dispositions de la loi de 1898;

2^o Absence de dispositions statutaires prévoyant des recettes proportionnées aux dépenses pour la constitution des retraites garanties, ou des assurances en cas de vie, décès ou accident.

En cas de refus d'approbation, un recours peut être formé devant le Conseil d'État sans frais et sans ministère d'avocat. Un texte aussi explicite réduit singulièrement le pouvoir discrétionnaire, et même, en créant un recours contentieux spécial, il le fait entièrement disparaître.

Mais au contraire, nous ne voyons pas la même précision dans la loi du 13 juillet 1906, en ce qui

concerne les demandes de dérogation au principe du repos hebdomadaire.

L'article 2 dispose : « Le repos hebdomadaire doit « être donné le dimanche. Toutefois, lorsqu'il est « établi que le repos simultané le dimanche, de tout « le personnel d'un établissement serait préjudiciable « au public ou compromettrait le fonctionnement « normal de cet établissement, des dérogations peuvent être autorisées par le Préfet. » M. Romieu, commissaire du gouvernement dans l'affaire *Jacquin* (30 novembre 1906, D. 1907. 3.1). a donné, dans ses conclusions, une analyse complète du rôle que le préfet doit jouer en cette matière. Il est d'avis que les commerçants qui demandent des dérogations y ont un véritable droit, si leur établissement se trouve dans les conditions de l'article 2. Enfin il déclare que le recours ouvert par l'article 9 devant le Conseil d'État contre l'arrêté du Préfet, est un recours pour excès de pouvoir.

II. — ACTES DISCRÉTIONNAIRES RELATIFS AUX FONCTIONNAIRES

1. Actes d'organisation intérieure

Examinons d'abord, comme pour les actes relatifs aux particuliers, les mesures qui règlent la marche intérieure des services. De telles mesures peuvent avoir sur les agents du pouvoir exécutif de graves

répercussions; mais comme elles n'ont pas été prises en vue de modifier l'état des fonctionnaires, ceux-ci ne peuvent alléguer qu'un simple intérêt à leur retrait.

Le ministre de la guerre, en réglant l'uniforme des adjoints du génie, ne tranche pas une question de marques distinctives constituant des prérogatives : il prend simplement une mesure d'ordre intérieur, contre laquelle aucun recours n'est recevable (V. Cons. d'Ét. *Sévigny* (13 novembre 1885). A ce propos, nous lisons dans Laferrière (*Traité*, T. II, 426) :

« On peut se demander si, parmi les actes discrétionnaires, « il n'en est pas qui échappent véritablement à tout recours « par la voie contentieuse quel que soit le grief invoqué « contre eux, même celui d'incompétence ou de vice de « forme. La raison de douter vient de ce qu'il existe des « actes ayant un caractère si général et si impersonnel « qu'on a peine à concevoir quelle partie pourrait les atta- « quer s'ils étaient entachés d'excès de pouvoir. Tels sont, « par exemple, les règlements qui déterminent la marche « d'un service public..... »

Et Laferrière cite comme exemple l'arrêt *Sévigny*.

Pourtant, dans l'arrêt *Empis* (1^{er} juillet 1910, S. 1911.3.89 et la note de M. Hauriou), le Conseil d'État déclare recevable, mais mal fondé, un recours introduit par un rédacteur au Ministère de la Marine, en son nom et au nom des autres fonctionnaires de ce ministère. M. Empis se plaignait de ce que le ministre avait refusé de laisser pénétrer des inspec-

teurs du travail dans les bureaux pour en examiner la salubrité. Dans sa note, M. Hauriou, entre autres choses, fait remarquer ceci : « Cet arrêt rend contentieuse une opinion administrative concernant un état de choses, une mauvaise installation des bureaux, l'inaction du service de l'inspection..... C'est la consécration de la théorie de la liaison du contentieux par toute réclamation adressée à l'Administration..... Le domaine du contentieux est devenu aussi étendu que celui de la réclamation administrative..... Le contentieux de l'excès de pouvoir voit s'ouvrir devant lui tout le domaine du contrôle administratif, non seulement sur les décisions spontanées de l'Administration, mais aussi sur ses agissements ».....

Enfin, dans l'arrêt *Blot* (26 janvier 1912, S. 13.3.17 et la note de M. Hauriou), le Conseil d'État, à l'occasion d'une mesure de même ordre, se montre moins libéral et, comme dans l'affaire Sévigny, déclare le recours irrecevable. Le Commandant Blot attaquait une décision du général commandant au Maroc qui avait refusé à son bataillon le tour de service auquel il aurait dû être appelé en vertu de l'article 106 du Décret du 28 mai 1895, sur le service en campagne. Or, « ce n'est pas l'intérêt personnel des officiers et soldats que ce texte avait pour objet de protéger, mais uniquement l'intérêt de l'État; ce dernier seul avait donc qualité pour en requérir l'applica-

« tion. » C'est ainsi que M. Michoud s'exprime, à la page 47 de son étude. Telle n'est pas l'opinion de M. Hauriou, aux yeux de qui le Conseil d'État, par cette décision, revient sur le progrès qu'avait consacré l'arrêt *Empis*. Notons que cette décision n'est pas en harmonie avec les arrêts *Lol et Molinier* (11 décembre 1903), *Alcindor* (1^{er} juin 1906, 27 novembre 1908), etc..... qui permettaient de former un recours contre toute mesure prise en violation de la loi sans avoir besoin de justifier, en même temps, de la violation d'un droit acquis. Voici, en effet, les motifs de l'arrêt *Blot* :

« Considérant que la disposition précitée (art. 106 du décret de 1895) n'a pas eu pour but et n'a pu avoir pour effet de créer, pour chacun des officiers pour qui son application peut présenter un intérêt, — *un droit* susceptible d'être revendiqué par une action contentieuse ».....

2. Cas exceptionnels absolument discrétionnaires de nominations et de révocations

Nous y rangerons les nominations et révocations de préfets et de certains autres fonctionnaires, mesures pour lesquelles la loi ne prescrit aucune règle de fond ni de forme, et qui pourraient tout au plus être exposées au grief d'incompétence. V. Cons. d'Ét. *Lequeux* (14 décembre 1883) : le préfet avait révoqué le requérant de son poste de membre

d'un Comité départemental de vigilance contre le phylloxera. Le recours de Lequeux est déclaré irrecevable.

On pourrait ranger également dans cette catégorie les révocations de magistrats. Mais ce sont en réalité des actes de gouvernement puisque, selon la formule de M. Jacquelin, ces actes émanent du pouvoir exécutif en tant que modérateur du pouvoir judiciaire.

3. Mesures de faveur relatives aux fonctionnaires

Leur octroi et leur refus sont également discrétionnaires. Tel est le cas pour les congés et permissions accordés aux fonctionnaires civils ou militaires (V. Cons. d'Ét. : *Gouvernement général de l'Indo-Chine*, 19 mars 1910).

Le retrait d'un congé de faveur accordé à un fonctionnaire est également discrétionnaire. Nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'en règle générale, les retraits d'actes administratifs sont au contraire soumis au recours pour excès de pouvoir, comme susceptibles de violer des droits acquis. Mais le congé accordé à un fonctionnaire, étant un acte purement gracieux, ne fait naître aucun droit acquis, et le retrait ne peut être attaqué par la voie juridictionnelle. V. Cons. d'Ét. : *Syveton* (25 juin 1901).

4. Suppressions d'offices ministériels et règlement des indemnités dues aux titulaires dépossédés, ou à leurs héritiers, par les autres officiers ministériels du même ressort.

Les notaires ne peuvent être personnellement destitués que par le tribunal de leur résidence. (Loi du 25 Ventôse de l'an XI). Les autres officiers ministériels peuvent l'être par décret, après qu'ils ont encouru une condamnation disciplinaire prononcée par le tribunal. Jadis aucun recours n'était possible :

Foucault (20 décembre 1833); *Maillard* (10 décembre 1846); *Cornibert* (9 avril 1849).

Quant aux suppressions d'offices, elles sont prévues par l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, qui, en créant la propriété des offices, réservait au gouvernement le droit de réduire le nombre des notaires, dans les cas prévus par la loi du 25 ventôse de l'an XI, notamment en cas de décès du titulaire. Les suppressions d'offices doivent être prononcées par décret, après avis des cours et tribunaux et des chambres de notaires, d'avoués, etc..... Pour éviter ces formalités, le ministre de la justice pourrait être tenté de refuser systématiquement de soumettre à l'agrément du chef de l'État les candidats présentés par un avoué pour lui succéder. Le cas s'est présenté et la décision du ministre a été annulée

pour détournement de pouvoir : *Roz et Herpin* (22 mars 1901).

Le Conseil d'État se reconnaît-il le droit d'apprécier les motifs des suppressions d'offices? Il ne le semble pas, d'après l'arrêt *dame Veuve Legrand* (6 juillet 1894), qui porte les motifs suivants : « Considérant que l'article 91 de la loi de 1816 a expressément réservé au gouvernement le droit de réduire le nombre des notaires..... Considérant qu'il résulte de l'instruction que la suppression de l'office du sieur Legrand, à Coucy-le-Château, a été prononcée à la suite du décès de ce notaire, et que les requérants ne sont pas recevables à discuter par la voie contentieuse l'intérêt et l'opportunité de cette suppression »...

Les suppressions d'offices entraînent à la charge des officiers ministériels qui restent dans la circonscription, et qui sont ainsi avantagés, une indemnité au profit du titulaire dépossédé ou de ses héritiers. Sur quelles bases l'Administration devra-t-elle répartir la charge du payement entre les officiers ministériels restants? — Au prorata du produit de chaque étude restant en activité dans le canton. Mais pourra-t-on critiquer les bases de la répartition? On doit répondre non, les décrets de répartition d'indemnité sont des actes discrétionnaires. V. Cons. d'Ét. :

Traonoïez (27 juin 1873) « Considérant que les pouvoirs donnés au Gouvernement par l'article 91

de la loi de 1816 impliquent nécessairement le droit de..... régler les conséquences de la suppression, considérant que, de ce qui précède, il résulte que le décret attaqué est un acte de pure administration, non susceptible de recours par la voie contentieuse.» *Lasserre* (11 juin 1886), *Galy-Gasparrou* (16 mai 1890). Mêmes espèces, recours irrecevables.

Coste (22 mai 1896) « Considérant que le requérant n'établit pas que cette décision ait violé aucune disposition de loi ou de règlement (irrecevable).

5. Refus d'accepter la démission de certains fonctionnaires

Il y a des fonctionnaires qui peuvent voir refuser leur démission sans recours possible, faute par la loi, d'avoir réglé les pouvoirs des ministres à cet égard.

C'est le cas, par exemple, pour les médecins aide-majors. V. Cons. d'Ét. : *Germaix* (27 janvier 1888) : « Considérant que le refus du ministre de la guerre (agissant dans la sphère des attributions qui lui appartiennent, sous sa responsabilité, en vue des nécessités du service), d'accepter la démission du sieur Germaix n'est pas un acte de nature à être attaqué par la voie contentieuse.» Id. *Dève* (20 février 1891), *Meyer* (17 janvier 1908, lieutenant de l'armée territoriale).

6. Décisions de la commission de classement des sous-officiers rengagés, en vue de leur admission à certains emplois civils.

La loi du 18 mars 1889, sur le rengagement des sous-officiers, ainsi que l'article 70 de la loi militaire du 21 mars 1905 prévoient la formation d'une commission spéciale chargée d'apprécier les titres des sous-officiers rengagés aux emplois civils et de les classer par ordre de mérite en vue de leur nomination ultérieure par le ministre.

Le Conseil d'État déclara longtemps irrecevables les recours introduits par les sous-officiers contre les classements opérés par la commission : *Say et Latillie* (7 août 1896). Il jugeait qu'ils n'avaient pas un intérêt assez direct à l'annulation du classement, simple mesure préparatoire à la nomination elle-même.

Mais depuis l'arrêt *Berrest* (20 mai 1904), il n'en va plus de même. Le requérant s'était vu refuser l'admission au classement. La loi du 18 mars 1889 sur le rengagement des sous-officiers, décide dans son article 22 : « Peuvent profiter des dispositions des « article 14 etc..... (qui réservent des emplois civils « aux sous-officiers rengagés) quel que soit le temps « passé par eux au service, les sous-officiers et les « officiers mariniens réformés ou retraités par suite « de leurs blessures, ou pour infirmités contractées

« au service. » Or, Berrest avait été victime d'un accident en service commandé. — Mais l'appréciation des mérites des candidats par la Commission reste absolument discrétionnaire : *Décatrelle* (22 mars 1909), *Grey* (26 avril 1912), *Jameau* (17 janvier 1913).

7. Actes disciplinaires

Avant 1830, ils étaient entièrement discrétionnaires, les recours intentés contre eux étaient rejetés comme irrecevables.

Mais sous la monarchie de juillet, le Conseil d'État inaugura une jurisprudence plus libérale et accueillit les recours fondés sur l'inobservation des règles de forme et de compétence ou sur l'excès de pouvoir. Cela ressort nettement de l'arrêt *Chaumel* (2 janvier 1838), qui pose la règle suivante : « *L'application, dans les limites légales, du pouvoir disciplinaire, n'est pas susceptible de recours contentieux.* » C'est reconnaître implicitement que les actes émanant de ce pouvoir, ne sont pas soustraits à tout recours s'ils dépassent ses limites légales.

Voici des exemples de mises en réforme d'officiers, annulées pour vice de forme (Conseils d'enquête irrégulièrement composés) : *De Cosnac* (20 novembre 1874), *Nouette* (11 janvier 1878), *Brun* (10 février 1882), *Lamarque* (28 mars 1885, 16 juillet 1886).

Mais le Conseil d'État en resta longtemps à cette étape : il n'appréciait pas les motifs de la décision.

Voici comment il jugea, sous l'empire de la loi du 19 mai 1834, une affaire de cette nature. Cette loi prévoit la mise en non-activité des officiers par retrait d'emploi, sur avis d'un conseil d'enquête. Elle dispose, dans son article 13, que le ministre de la guerre ne peut modifier l'avis du conseil que dans un sens favorable à l'intéressé. Un lieutenant de vaisseau traduit devant un conseil d'enquête, n'avait pas été jugé assez coupable pour être mis en réforme. Or, le ministre de la marine prononça contre lui la peine prévue par la loi de 1834. Le Conseil d'État, dans l'arrêt *Epivent* (6 mai 1881), jugea pourtant qu'il n'y avait pas là un excès de pouvoirs : « Considérant que, si le Conseil d'enquête a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de mettre le requérant en réforme, la disposition finale de l'article 13 de la loi du 19 mai 1834, ne fait pas obstacle aux pouvoirs de discipline militaire du ministre..... »

Voir également Cons. d'Ét. : *De Cornulier-Lucinière* (17 juin 1904).

Mais déjà à partir de 1900, le Conseil d'État manifestait l'intention d'apprécier les motifs de l'acte, tels qu'ils ressortent de l'instruction et, s'ils constituaient un détournement de pouvoir, il annulait la mesure. V. Cons. d'Ét. *Maugras* (16 novembre 1900, S. 1901.3.57 et la note de M. Hauriou); *Rigal* (14 janvier 1910).

L'arrêt *Maugras* est le premier exemple d'une

mesure disciplinaire annulée pour cause de détournement de pouvoir; la décision fut rendue contrairement aux conclusions de M. Romieu, commissaire du gouvernement, qui opinait pour le rejet du pourvoi de Maugras, en disant que « *les pouvoirs de l'Administration sont absolus en matière disciplinaire et que les arrêtés de ce genre ne peuvent être annulés que pour* » *incompétence ou vice de formes, — les motifs échappant à l'appréciation du juge.* » Le Conseil d'État n'a pas été de cet avis. Il s'agissait d'un agent de police à Denain qui avait, conformément à sa mission, dressé procès-verbal à une débitante de boissons, coupable d'avoir laissé son établissement ouvert après l'heure réglementaire. Or, la débitante était parente de la domestique du maire. Celui-ci suspendit Maugras, en indiquant, dans une lettre adressée au commissaire de police et versée au dossier, que le motif de la suspension était la contravention dressée à la débitante. Le Conseil d'État annula l'arrêté du maire en disant « qu'il ne lui appartient pas de rechercher les motifs des décisions, mais que, vue la lettre du maire, le détournement de pouvoir était prouvé. »

D'ailleurs, pas plus aujourd'hui que dans le passé, le Conseil d'État n'apprécie l'opportunité des motifs légaux des mesures disciplinaires. V. Cons. d'Ét. : *Dubois* (17 janvier 1913) : « Considérant qu'en prenant cette décision (exclusion d'un conducteur des

ponts et chaussées de l'avancement à l'ancienneté), le ministre des travaux publics a usé des pouvoirs d'appréciation que lui donne l'arrêté du 28 mars 1890, et qu'il n'appartient pas au Conseil d'État d'en apprécier l'opportunité.» On retrouve identiquement les mêmes motifs et le même dispositif dans l'arrêt *dame Fort* (14 février 1913). Voyez aussi *Bergès* (12 mai 1911) : « Considérant que le sieur Bergès ne relève contre la décision attaquée (mise en disponibilité) ni un vice de forme, ni un détournement de pouvoir; et qu'il se borne à prétendre que la mesure disciplinaire prononcée est trop rigoureuse eu égard au peu de gravité de ses fautes; considérant que l'appréciation des peines disciplinaires..... n'est pas de nature à nous être déférée par la voie contentieuse..... »

Des dispositions de loi viennent parfois circonscrire les pouvoirs de l'Administration en matière disciplinaire. Par exemple, le règlement du 27 août 1898 sur l'Administration centrale du Ministère de la Marine, énumère limitativement, dans son article 22, les mesures disciplinaires que peut encourir le personnel de ce Ministère. En conséquence, le Conseil d'État a jugé que le ministre n'avait pas le droit d'infliger une réprimande avec inscription sur le carnet de notes, peine non mentionnée dans l'article 22. V. l'arrêt *Sauve* (29 mars 1901).

Une limitation légale très importante en cette

matière est celle qui résulte de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 : « Tous les fonctionnaires « civils et militaires, tous les ouvriers et employés de « toutes les administrations publiques, ont droit à la « communication personnelle et confidentielle de « toutes les notes, feuilles signalétiques et autres « documents composant leur dossier, soit avant d'être « l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur « avancement à l'ancienneté. » Cette formalité protectrice a pour but d'empêcher les détournements de pouvoir. Elle est gênante pour l'autorité administrative, qui a souvent tâché de s'y soustraire en dissimulant le caractère disciplinaire de la mesure prise. Si, par exemple, le fonctionnaire que l'on veut punir, se trouve précisément réunir les conditions requises pour l'admission à la retraite, on lui appliquera cette mesure. Tel est le cas qui s'est présenté dans l'affaire *Ledochowsky* (19 juin 1903), où le calcul de l'autorité supérieure se dénonçait de lui-même, puisque cet officier avait été informé que sa mise à la retraite était motivée par certaines irrégularités constatées dans le régiment qu'il commandait.

Il était donc évident qu'on voulait punir un manquement, et non pas récompenser l'ancienneté. Or, les formalités requises pour les peines disciplinaires n'ayant pas été observées, le Conseil d'État a annulé.

L'espèce est identique qui a été jugée le 12 mars 1915 : *Vandenberg*. On lit dans l'«Écho de Paris» du 13 mars 1915 :

« Le 4 avril 1914, le colonel Vandenberg était *mis à la retraite d'office*. Convaincu qu'il avait été frappé par un excès de pouvoir, il présenta une requête au Conseil d'État en vue de faire annuler cette décision. Il soutenait que cette mesure avait été prise dans des circonstances telles qu'elles en faisaient, non pas une mise à la retraite pour ancienneté, mais bien une sanction disciplinaire, qui aurait dû être précédée de la communication de son dossier « et des pièces relatant les griefs articulés contre lui, ce « qui n'avait pas eu lieu. Le ministre de la guerre concluait « au rejet de la requête, par les motifs que le requérant « avait été mis à la retraite, non par mesure disciplinaire, « mais pour ancienneté de services; que le fait, à la suite « duquel la mise à la retraite avait été prononcée, ne « constituait pas une faute contre la discipline, mais déno- « tait une tournure d'esprit et un tempérament ne per- « mettant pas de maintenir le colonel Vandenberg à la « tête d'un régiment, et que sa dureté envers ses subor- « donnés constituait une « *véritable incapacité profession-* « *nelle* ». Le général de brigade Vandenberg avait beau « jeu pour répliquer que, dès la déclaration de guerre, il a « été successivement nommé au commandement d'une « brigade territoriale de l'armée de Paris, puis chef d'état- « major du corps d'armée mixte du camp retranché de « Paris, promu général de brigade à titre provisoire et « nommé commandant d'une division dans la zone des « armées.

« Et-ce ainsi que l'on traite un officier incapable? Le « Conseil d'État lui a donné gain de cause, déclarant qu'il y « avait bien eu sanction disciplinaire et que la communi-

« cation du dossier était de rigueur. En conséquence la
« décision est annulée.

Mais il n'est pas toujours possible de prouver, chez l'autorité qui prend la mesure, l'intention de se soustraire à une formalité. C'est ainsi que beaucoup d'admissions à la retraite d'office ont été validées par le Conseil d'État, faute par les fonctionnaires qui en étaient l'objet, d'avoir pu démontrer le détournement de pouvoir. V. Cons. d'Ét. : *Cudenet* (7 février 1913) : « Considérant que l'admission d'office à la retraite du requérant n'a pas eu le caractère d'une mesure disciplinaire..... » *Cambier* (21 février 1913), *Barelli* (21 février 1913).

8. Admission et mise à la retraite. — Maintien en activité jusqu'à la délivrance du brevet de pension.
(*Lois du 9 juin 1853 et 11-14 avril 1831*)

Il faut distinguer, parmi les fonctionnaires, entre les civils (loi du 9 juin 1853) et les militaires (loi des 11-14 avril 1831). Les premiers ne peuvent être admis à la retraite qu'après un certain nombre d'années de services. Ils ne pourraient être mis à la retraite auparavant que si leur emploi était supprimé. Si non, la mise à la retraite anticipée équivaut à une mesure disciplinaire de révocation et doit être annulée si elle a été prononcée sans les formalités légales qui doivent précéder les révocations

et les mesures disciplinaires. V. Cons. d'Ét. : *Toutain* (2 décembre 1898.) Cet employé du Ministère de la Marine avait été l'objet d'une mise à la retraite avant l'âge légal, sans que son emploi ait été supprimé. C'était donc une révocation, mais les formalités prescrites par un décret du 30 mai 1896 avaient été omises; aussi la mise à la retraite fut-elle annulée.

Quand le fonctionnaire réunit les conditions voulues pour l'admission à la retraite, cette mesure doit lui être accordée s'il la demande. S'il préfère rester en activité, il peut obtenir de l'autorité supérieure de n'être pas mis à la retraite aussitôt qu'il remplit les conditions légales. Mais ce n'est qu'une pure faveur de la part de ses chefs; et contre une mise à la retraite prononcée à l'égard d'un fonctionnaire ayant l'âge et les états de service requis, il n'y a pas de recours possible, sauf les cas de vice de forme, d'incompétence, ou détournement de pouvoir (mise à la retraite cachant une mesure disciplinaire. V. Cons. d'État : *Ledochowsky*, *Vandenberg*, précités).

A ce point de vue, la situation des officiers de l'armée de terre et de mer, à l'exception des généraux, est la même que celle des fonctionnaires civils; il n'y a pas de recours contre la mise à la retraite d'un officier qui réunit les conditions légales. V. Cons. d'Ét. : *Brives* (7 janvier 1876), *Graziani* (8 août 1896), *De Valdan* (26 juillet 1901), *Cocar* (7 août 1911), *Fidelle* (8 novembre 1911), *Schwob* (12 janvier 1912),

Dumas (24 février 1912), *Cochin* (7 juin 1912), *Sana-rens* (22 novembre 1912), etc.....

En ce qui touche les officiers généraux, ils ne peuvent être mis à la retraite, — quels que soient leur âge et la durée de leurs services, que sur leur demande, — à moins qu'ils n'aient été mis en réforme par mesure disciplinaire sur avis d'un conseil d'enquête. V. Cons. d'Ét. : *West* (26 décembre 1877).

Notons enfin qu'il n'existe, à l'égard des fonctionnaires de l'ordre militaire, que deux cas de mise à la retraite anticipée, avant l'âge et la durée de services exigés :

1^o Le cas de blessures ou infirmités les rendant incapables de servir.

2^o La mise en réforme préalable prononcée par mesure disciplinaire sur avis d'un conseil d'enquête.

A l'inverse, les fonctionnaires militaires qui réunissent les conditions requises pour la retraite, peuvent être retenues en service, par exemple : pour cause d'entrée en campagne. Le décret du 27 mai 1897 (art. 1^{er}) permet aussi le maintien en activité des fonctionnaires, même après la délivrance de leur brevet, si l'intérêt du service l'exige.

Les fonctionnaires civils admis à faire valoir leurs droits à la retraite et les fonctionnaires militaires qui réunissent les conditions requises pour la retraite, continuent à exercer leurs fonctions jusqu'à la déli-

vance de leur brevet de pension (Décret du 27 mai 1897, art. 1^{er}).

Mais le même décret permet de prononcer la cessation immédiate des fonctions dans trois cas :

Si l'intéressé le demande;

Si son emploi est supprimé;

Si l'intérêt du service l'exige.

Ainsi l'autorité supérieure ne peut prononcer la cessation immédiate des fonctions que dans ces trois hypothèses, et le Conseil d'État exige que la décision soit expressément motivée, sinon il l'annule. V. Cons. d'Ét. *Panessol* (9 février 1906); mais si l'une d'elles se réalise, l'Administration possède alors un pouvoir discrétionnaire; le Conseil d'État n'apprécie pas l'opportunité de la mesure. V. les arrêts *Lenoir* (23 novembre 1900, cessation immédiate des fonctions, motivée par l'intérêt du service); *Labarthe* (25 avril 1902, *idem*); *Antonietti* (10 juillet 1908, cessation immédiate pour cause de suppression d'emploi); *De Sarraulon* (30 juillet 1909); *Monod* (24 décembre 1909); *Rinieri* (8 avril 1911), etc.....

9. Liquidation de la pension

Ici encore, il faut examiner séparément l'ordre civil et l'ordre militaire. Les fonctionnaires civils n'ont pas un droit acquis à la pension quand ils réunissent les conditions requises. Il faut qu'une

décision ministérielle intervienne. (Loi du 8 juin 1853, 19 et avis du Cons. d'Ét. du 19 janvier 1889).

Il résulte du pouvoir discrétionnaire du ministre en cette matière, qu'il peut allouer la pension sur les bases qu'il jugera les meilleures. C'est ainsi que le Conseil d'État lui permet d'allouer une pension sur les bases de l'ancienneté à un fonctionnaire qui demandait, eu égard à des infirmités contractées dans le service, la pension spéciale instituée par l'article 11 de la loi du 9 juin 1853. Cet article dispose : « Par exception, pourront obtenir une pension « dès l'âge de 45 ans et après 15 ans de service dans « la partie active, les fonctionnaires empêchés de « continuer leur service par une infirmité grave « résultant de leurs fonctions. » V. Cons. d'Ét. : *Ducourthial* (28 juillet 1882).

Il faut donc, pour demander la pension spéciale anticipée de l'article 11, ne pas remplir en même temps les conditions exigées pour la pension d'ancienneté. La jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens. V. les arrêts : *Fabre* (6 avril 1895), *Villebanois* (18 janvier 1901), *Bruno* (13 novembre 1903), *Moreau* (22 avril 1904), *Lallemand* (9 décembre 1904).

La jurisprudence en cette matière a subi un revirement : autrefois le Conseil d'État consacrait, au profit des fonctionnaires qui réunissaient les conditions légales, un droit absolu à la pension anticipée (Cons. d'Ét. : *Revel*, 8 août 1865, et *Vial*, 24 janvier 1867).

A l'inverse, quand le ministre, jugeant réalisées les conditions exigées par l'article 11, fait application de ce texte à un fonctionnaire et le met à la retraite avant l'âge requis pour cause de maladie, le recours pour excès de pouvoir intenté contre cette décision est déclaré mal fondé. V. l'arrêt : *Du Bois de Romand* (9 juin 1882).

Pour les magistrats inamovibles, la mise à la retraite ne peut être prononcée que sur l'avis du conseil supérieur de la magistrature (Loi du 30 août 1883, art. 15, 2^o).

A l'inverse des fonctionnaires civils (*Ducourthial*, 28 juillet 1882), les officiers blessés ou infirmes ont droit à une pension de ce chef, même s'ils remplissent en outre les conditions de la pension pour ancienneté : *Duprat* (1^{er} juin 1894). La pension pour infirmités contractées dans le service est plus élevée que la pension d'ancienneté.

Il n'y a pas, pour les militaires, de décision ministérielle discrétionnaire qui les admette à faire valoir leurs droits à la retraite; ils y ont un droit acquis quand ils ont satisfait aux conditions requises; sauf qu'ils peuvent être retenus en service pour cause, par exemple, d'entrée en campagne. Il existe un recours contentieux au Conseil d'État, dispensé du ministère d'avocat, contre un refus de pension, même implicite, résultant de l'allocation d'une gratification renouvelable au lieu d'une pension : *Baud* (31 juillet 1885).

10. Nominations

Longtemps, les recours contre les actes portant nomination de fonctionnaires furent déclarés irrecevables.

Une première brèche fut faite à cette théorie par l'arrêt *Laffaret* (24 mars 1901), qui reconnaissait aux sous-officiers rengagés un intérêt suffisant pour attaquer devant le Conseil d'État les nominations faites à des emplois civils réservés, sans observer les prescriptions de l'article 24 de loi du 18 mars 1889. Enfin, plus récemment, le Conseil d'État, sanctionnant comme droits acquis de simples intérêts, admet les recours dirigés contre toutes les nominations faites en violation des lois et des règlements. V. Cons. d'État. : *Lot et Molinier* (11 décembre 1903, S. 1904.3.113, note de M. Hauriou); *Savary* (18 mars 1904); *Delataste* (8 décembre 1905); *Alcindor* (1^{er} juin 1906-27 novembre 1908).

Il admet également ces recours même s'ils émanent d'associations de fonctionnaires. V. Cons. d'État. : *Association des Employés civils du Ministère des Colonies* (11 décembre 1908, S. 09.3.17, note de M. Hauriou); *Union générale des fonctionnaires de l'Administration des contributions indirectes* (13 mai 1910). — Ainsi se trouve réalisé le vœu formulé par M. Hauriou en 1897, dans son traité (3^e édition, 1897, 287) : « Il dépend du Conseil d'État de restreindre

« progressivement la liste des actes discrétionnaires,
« car il dépend de lui en grande partie d'admettre
« contre eux le recours pour excès de pouvoir fondé
« sur la violation de la loi et des droits acquis. On
« sait, en effet, que par cette ouverture à recours,
« la violation des règlements peut être assimilée à la
« violation de la loi, et il est beaucoup de ces actes
« qui sont visés par des règlements. Citons par exem-
« ple les nominations et révocations de fonctionnaires;
« le Conseil d'État aurait une œuvre à accomplir,
« qui serait de constituer aux fonctionnaires un
« *état*, en assurant en leur faveur l'observation stricte
« des règlements. »

11. Révocations

Les actes portant révocation furent longtemps discrétionnaires. Les recours intentés contre eux étaient déclarés irrecevables par le Conseil d'État. V. Cons. d'Ét. : *Maillard* (10 décembre 1846), *Cornibert* (9 avril 1849), *Lefebvre* (21 juillet 1849), *Lainné* (21 juillet 1853), *Duperray* (31 janvier 1879).

Puis les recours furent admis, mais ils n'aboutissaient à l'annulation de l'acte de révocation que s'il était entaché d'un vice de forme ou d'incompétence. V. Cons. d'Ét. : *Spindler* (17 janvier 1879). Dans cette affaire, le requérant avait été révoqué comme médecin des indigents par le préfet. Le Conseil d'État rejette le pourvoi : « Considérant

que le requérant n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'État les motifs de cette mesure de pure administration.» *Colombat* (14 décembre 1883). — *Dusseri* (19 février 1886) : annulation de la révocation prononcée par le ministre des colonies contre un garde-magasin à l'administration pénitentiaire de la Nouvelle-Calédonie. Cette mesure avait été prise sur avis d'une commission d'enquête irrégulière. V. aussi *Schwalbach* (15 novembre 1892). Schwalbach, gardien de la paix, avait refusé le travail en invoquant une infirmité « Considérant que le préfet a révoqué le sieur Schwalbach pour refus de reprendre son service et après avis du comité de santé qui a reconnu que le sieur Schwalbach était en état de le continuer, que le requérant n'invoque ni vice de forme, ni incompétence; que d'autre part l'appréciation des motifs sur lesquels cette décision est fondée n'est pas susceptible d'être soumise au Conseil d'État par la voie contentieuse. »

Depuis quelques années le Conseil d'État admet le grief de détournement de pouvoir. V. Cons. d'Ét. : *Sieur Rousseaux* (21 février 1913), *Acquatella* (28 février 1913), *Sieur Brenière* (11 avril 1913). Le préfet des Vosges avait rapporté un sien arrêté agréant Brenière comme garde particulier. Le pourvoi de Brenière est rejeté : « Considérant que le sieur Brenière ne relève contre l'arrêt ni un vice de forme, ni un détournement de pouvoir, et qu'il se borne à

prétendre que la mesure est trop rigoureuse eu égard au peu de gravité de la faute qui lui est reprochée; considérant que l'appréciation des faits qui ont motivé le retrait de l'arrêté agréant le sieur Brenière en qualité de garde particulier, n'est pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse.»

Le recours en annulation en cette matière est-il le seul ouvert? Le fonctionnaire victime d'une révocation illégale ou imméritée peut-il se faire indemniser du tort qu'il a subi par un recours de pleine juridiction? Jadis le Conseil d'État jugeait irrecevable les recours ou indemnité en cette matière. V. les arrêts : *Cadol* (13 décembre 1889), *Adda* (15 décembre 1899).

Mais depuis 1903, il admet au contraire ces recours : *Villenave* (11 décembre 1903), et plus récemment enfin, il les a jugés bien fondés et a accordé une indemnité : *Lacourle* (15 février 1907). Dans cette affaire, un secrétaire de mairie avait été révoqué après 24 ans de service, un an avant d'avoir droit à la pension. Le conseil municipal lui ayant refusé une indemnité, le Conseil d'État, sur recours de pleine juridiction, formé par Lacourte, annule la délibération et lui alloue 3.500 fr. de dommages-intérêts : « Considérant que le sieur Lacourte a été révoqué sans qu'aucune faute de service ait été relevée contre lui; que cette mesure, dans les circonstances où elle est intervenue, a causé au sieur Lacourte un

préjudice dont il est fondé à demander réparation».....

Voici comment s'exprime à ce propos M. Dareste (*Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, p. 505) :

« La question de l'indemnité à laquelle le fonctionnaire « révoqué peut avoir droit, se présente sous trois aspects. « Le fonctionnaire qui a fait annuler pour excès de pouvoir « une décision de révocation, de mise en réforme ou à la « retraite, peut, par voie de conséquence, se faire allouer « le traitement et les autres avantages, tels que le rang « d'ancienneté, auxquels il a droit. Cette allocation n'est « alors que l'accessoire de l'annulation prononcée : elle « consiste à remettre le requérant au même et semblable « état qu'avant la décision annulée : *Toutain* (9 juin 1899), « *Danger* (8 juillet 1910), *Viaud* (30 novembre 1900). Les « deux premiers arrêts décident que l'allocation au requé- « rant de son traitement constitue la seule réparation à « laquelle il soit fondé à prétendre.

« — Il peut aussi, sans faire annuler la décision de révo- « cation, réclamer à raison de l'illégalité de la mesure qui « le frappe, et, lorsque les circonstances de l'affaire contien- « nent les éléments d'une faute et d'un préjudice, une « indemnité qui peut être appréciée, selon les cas : *Lacourte* « (15 février 1907), *Blanc*, *Argaing* et *Bézié* (31 mars 1911).

« — Enfin dans le cas même où la mesure prise n'offrirait « aucun caractère d'illégalité ou d'irrégularité, le fonction- « naire peut prétendre à des dommages intérêts pour vio- « lation d'une clause expresse ou même implicite du contrat « qui le lie à l'Administration. En ce qui concerne la viola- « tion de clauses expresses, voyez l'arrêt *Bariat* (6 décem- « bre 1907). En l'absence de toute clause, la jurisprudence « s'est longtemps refusée à allouer une indemnité (*Cadot*, « *Adda*). Cette jurisprudence a changé depuis l'arrêt du

« 11 décembre 1903 (*Villenave*, manifestement inspiré du « nouvel article 1780 du Code Civil), qui a rejeté au fond « mais déclaré recevable la demande d'indemnité formée « par un fonctionnaire communal brusquement révoqué. — « Depuis, de nombreux arrêts ont confirmé cette jurisprudence. » (*Ottavy*, 9 décembre 1910, *Létard*, 12 janvier 1912).

III. — ACTES DISCRÉTIONNAIRES RELATIFS AUX UNITÉS ADMINISTRATIVES INFÉRIEURES

En étudiant la jurisprudence relative à cette catégorie d'actes discrétionnaires, nous retrouverons la même évolution dans le sens de la plus libre admission des recours.

Nous étudierons dans ce chapitre les droits des Préfets : 1^o au point de vue de l'inscription d'office d'une dette au budget d'une commune; 2^o au point de vue des suspensions de fonctionnaires municipaux prononcées par le maire; 3^o relativement aux délibérations des conseils municipaux, notamment au point de vue de la location des presbytères, et du détournement de pouvoir; 4^o enfin, nous verrons de quels recours sont susceptibles les décrets révoquant des maires, ou prononçant la dissolution de conseils municipaux.

1. Inscription d'office d'une dette au budget communal

Le Préfet peut faire inscrire d'office la dette d'une commune au budget municipal quand la commune

refuse de s'acquitter. Contre une telle mesure, la commune peut intenter un recours pour excès de pouvoir. Ce recours est dispensé du ministère d'avocat.

Mais supposons que le créancier d'une commune ne pouvant faire reconnaître son droit, ou bien se voyant refuser le paiement de sa créance, s'adresse au préfet et le prie de requérir l'inscription de la dette au budget de la commune. En ce cas, le préfet jouit d'un pouvoir absolument discrétionnaire. Il peut refuser, même pour un motif étranger à l'intérêt financier de la commune. V. Cons. d'Ét. : *Veuve de Larralde* (15 janvier 1875); *Consistoire de l'église de Nîmes et Consistoire de Paris* (17 avril 1885); *Consistoire de l'église de Lyon et Conseil de fabrique des églises d'Aix* (1^{er} mai 1885).

Bien plus, cette matière est à ce point discrétionnaire, que le préfet, après avoir requis l'inscription, peut retirer son arrêté; nous sommes ici en présence d'un des rares exemples de retrait d'une mesure, inattaquable par la voie juridictionnelle. V. Cons. d'Ét. : *Ville de Besançon* (4 août 1876). Mais, dira-t-on, n'y a-t-il pas là une atteinte portée à des droits acquis respectables? Nullement; l'inscription d'office n'ouvre pas le droit au paiement, elle ne fait que rendre possible l'ordonnancement de la dépense.

2. Sanctions des peines disciplinaires prononcées par le maire

En ce qui concerne les pouvoirs préfectoraux sur les mesures disciplinaires prononcées par le maire, nous avons, pour nous guider, l'article 102 de la loi municipale du 5 avril 1884. Ce texte permet au maire de suspendre pendant un mois les agents de la police municipale dont il a la nomination. Le préfet seul peut prononcer la révocation. Mais peut-il, à l'inverse, annuler les suspensions prononcées par le maire, en vertu de l'article 95 de la même loi? — Il ne le peut pas, d'après une jurisprudence invariable. V. Cons. d'Ét. : *Maire de Rennes* (8 avril 1892). « Considérant que le maire, en suspendant de ses fonctions un agent de police pour infraction aux instructions qu'il lui avait données, a agi dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de la loi du 5 avril 1884, et que son arrêté n'était pas de ceux qu'il appartient au préfet d'annuler ou de suspendre par application de l'article 95 de cette loi, qu'il suit de là que l'arrêté du préfet est entaché d'excès de pouvoir.

V. aussi *Maire de Ténès* (13 janvier 1905), considérant identique.

Bien plus, le soupçon de détournement ne justifie pas davantage l'arrêté du préfet supprimant la mesure du maire. V. Cons. d'Ét. : *Commune de Grabels* (11 avril 1913).

Dans cette affaire, le maire avait suspendu trois fois de suite un agent de police. Le préfet annule les trois suspensions. Le Conseil d'État, à son tour, annule l'arrêté préfectoral : « Considérant que le maire de Grabels, en suspendant plusieurs fois le sieur Suau pour faute commise dans l'exercice de ses fonctions, a agi par application des pouvoirs qu'il tient de la loi du 5 avril 1884; qu'en admettant qu'il ait fait de ses pouvoirs un usage abusif, les arrêtés attaqués n'étaient pas de ceux qu'il appartient au préfet d'annuler ou de suspendre, par application de l'article 95 de cette loi. »

Notons que la jurisprudence était déjà fixée dans le même sens sous l'empire de la loi municipale du 18 juillet 1837. V. Cons. d'Ét. : *Maire de Bourges* (13 juillet 1883). Il s'agissait d'une amende infligée par le maire à un agent de police, et annulée par le préfet et le ministre de l'Intérieur. Le Cons. d'État annule les arrêtés du préfet et du ministre : « Considérant que le maire a agi dans l'exercice de ses pouvoirs; que sa décision n'était pas de celles qu'il appartient au préfet d'annuler ou de suspendre en vertu de la loi du 18 juillet 1837. »

Un rapprochement s'impose ici à l'esprit entre les arrêts précités et l'arrêt Maugras, que nous avons déjà étudié au chapitre des actes relatifs aux fonctionnaires. Dans l'affaire Maugras (1900), on s'en souvient, le Conseil d'État s'arroe le droit de con-

trôler les mesures de discipline prises par le maire, et d'annuler une suspension d'agent de police, entachée de détournement. Or, par les arrêts : *Maire de Rennes*, *Maire de Ténès*, *Commune de Grabels*, il refuse le même droit aux préfets. Il dénie à l'autorité supérieure un pouvoir qu'il se réserve à lui-même; il se substitue à elle, et se pose en chef hiérarchique suprême de toute l'Administration.

3. Approbation des délibérations des Conseils municipaux

C'est en vertu de la même tendance qu'il a pris en mains la tutelle administrative des communes par l'arrêt *Casanova* (29 mars 1901), déjà cité. Dans cette affaire, le Conseil municipal d'Olmeto avait créé un poste de médecin pour tous les habitants de cette commune et le préfet avait approuvé. — Le Conseil d'État a annulé la délibération : « Considérant que, si les conseils municipaux peuvent, *dans des circonstances exceptionnelles*, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants..... il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmeto»..... Comme le dit M. Hauriou dans sa note au *Sirey* (1901.3.73) :

« Le Conseil d'État prend tout simplement en mains la « tutelle des administrations locales..... ; bientôt il deviendra « le tuteur des conseils municipaux..... Ce qu'il y a de plus « intéressant peut-être dans notre arrêt, ce n'est pas tant « la décision sur la recevabilité du recours, qui était prévue,

« que la décision au fond, faisant la part de circonstances
« exceptionnelles qui peuvent en certains cas, justifier
« les dépenses. »

Quelle plus éclatante confirmation l'éminent doyen de la faculté de Toulouse, pourrait-il trouver de ses propres prévisions? Dès 1891, dans le répertoire Béquet, à l'article « décentralisation » (page 112), il disait :

« Il faut remarquer que les actes de tutelle, bien
« qu'étant en principe des actes d'administration, ont
« une tendance naturelle à se transformer en actes
« de juge, et que la tutelle administrative pourrait
« bien aboutir à une tutelle juridictionnelle. »

Passons maintenant aux arrêtés préfectoraux, refusant d'approuver les délibérations des conseils municipaux et les actes des maires. Ces refus n'échappent pas au grief de détournement de pouvoirs; le cas s'est présenté fréquemment en ce qui touche la location des presbytères. V. Cons. d'Ét. : *commune de Randon* (10 juillet 1908); *commune de Boujailles* (10 mars 1911, S. 12.3.41, note de M. Hauriou) et *sieur Lebon* (11 avril 1913).

Le second arrêt est intéressant à deux points de vue. D'abord il inaugure une nouvelle jurisprudence touchant les recours des conseils municipaux contre les arrêtés préfectoraux refusant d'approuver leurs délibérations. Avant 1911, le Conseil d'État exigeait, en vertu de l'article 69 de la loi du 5 avril 1884, que

ces recours fussent portés d'abord, non pas devant lui, mais devant le ministre de l'intérieur. V. Cons. d'Ét. : *commune de Magny-les-Jussey* (27 juillet 1906); *commune de Domérat* (21 décembre 1906).

Mais dans l'arrêt *commune de Boujailles* il admet le recours porté *omisso medio* devant lui :

« Considérant que l'article 69 de la loi de 1884 n'a pas eu pour but et n'a pu avoir pour effet d'enlever aux parties le droit qui résulte pour elles de l'article 9 de la loi de 1872, de déférer directement au Conseil d'État les décisions entachées d'excès de pouvoir. »

En second lieu, cet arrêt, non seulement déclare le recours recevable, mais bien fondé. Il annule l'arrêté du préfet du Doubs refusant d'approuver une délibération par laquelle le Conseil municipal de Boujailles répartissait le produit des coupes affouagères, tant que ce conseil n'aurait pas loué son presbytère, conformément à la loi du 2 janvier 1907. Il y avait là un détournement de pouvoir. Voici comment M. Duguit s'exprime à ce sujet. (*Les transformations du droit public*, p. 211).

« Il arrive assez fréquemment, depuis quelques années, « que les préfets, dans l'exercice des pouvoirs de contrôle « que la loi de 1884 leur accorde sur les conseils municipaux « se laissent guider par des considérations étrangères à la « bonne administration de la commune, et usent de ces « pouvoirs pour exercer ce que M. Hauriou appelle un « chantage sur les conseils municipaux dont les tendances, « politiques et religieuses leur déplaisent. »

Dans l'arrêt *sieur Lebon* (11 avril 1913), le Conseil d'État annule l'arrêté par lequel un préfet refusait d'approuver le bail passé par un maire avec le curé pour la location du presbytère.

Le préfet alléguait « *que la commune ne semblait pas devoir retirer des avantages appréciables des modifications apportées au bail.* » Or, la loi du 2 janvier 1907 ne lui permettait de refuser son approbation que si le bail contrevenait à l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 (Interdiction des subventions aux cultes).

4. Révocations de maires et dissolutions de conseils municipaux

Examinons enfin dans quelle mesure on peut attaquer les décrets réglementaires portant révocation ou suspension de maires ou d'adjoints, ou dissolution d'un conseil municipal. Autrefois ces mesures étaient discrétionnaires et le détournement de pouvoir ne pouvait les faire annuler : les recours pour excès de pouvoir dirigés contre elles étaient irrecevables. (V. Cons. d'Ét. : *Dumont* (22 janvier 1875); *Allard* (4 juin 1875); *Laflitte* (13 février 1885); *De Beaumont* (22 juillet 1898).

Mais depuis 1900 les recours contre les suspensions ou révocations de maires ou d'adjoints sont déclarés recevables, mais mal fondés. V. Cons. d'Ét. : *Maire de Jargeau* (6 avril 1900) : « L'appréciation des motifs par lesquels le préfet a suspendu ce maire

n'est pas susceptible de nous être déférée par la voie contentieuse.»

V. aussi *Bouvier* (21 mai 1909); *Marius Valette* (29 avril 1910); *Bourdy* (16 décembre 1910). On lit dans ce dernier arrêt : « Considérant que par l'arrêté et le décret attaqués, ce maire a été suspendu puis révoqué pour avoir réinstallé dans le presbytère l'ancien desservant qui l'occupait illégalement; considérant que l'arrêté et le décret fondés sur ces motifs ne sont pas susceptibles de recours par la voie contentieuse. »

En ce qui concerne les dissolutions de conseils municipaux, une évolution analogue s'est produite dans la jurisprudence. Le Conseil d'État, ne voulant pas connaître des motifs explicites ou tacites de ces mesures refusait de les annuler pour détournement de pouvoir. Mais en 1902, il rompt avec cette tradition dans une affaire où le détournement de pouvoir était flagrant. V. Cons. d'État : *Grazietti* (31 janvier 1902, S. 03.3.113, et la note de M. Hauriou). Le Président de la République avait déclaré dissous un conseil municipal dont l'élection avait été irrégulière. Or, le jugement de cette irrégularité était en instance au conseil de préfecture, avec appel possible devant le Conseil d'État. Le Conseil d'État a prononcé l'annulation du décret de dissolution, par les motifs suivants : « Considérant que les motifs d'un décret de dissolution, pris en vertu de l'article 43

de la loi du 5 avril 1884, ne peuvent être discutés par la voie contentieuse; mais que, si étendues que soient les attributions dévolues au Président de la République par la disposition de loi précitée, elles ne peuvent être exercées en vue d'obtenir le redressement d'irrégularités dont la connaissance a été expressément réservée par la loi à la juridiction administrative.»

M. Hauriou, dans sa note au *Sirey*, approuve le dispositif, mais blâme la rédaction de cet arrêt. Il se félicite de voir le Conseil d'État étendre à des actes discrétionnaires nouveaux son contrôle juridictionnel, mais il regrette les réticences qui présentent l'arrêt *Grazietti* sous l'aspect d'une décision exceptionnelle (« Considérant que les motifs..... ne peuvent être discutés..... »); la rédaction de l'arrêt dénote la survivance, dans le haut tribunal administratif, de la théorie des actes discrétionnaires par nature. Or, nous avons déjà eu l'occasion de le constater, le savant doyen de la faculté de Toulouse ne croit plus aujourd'hui à l'existence d'une catégorie d'actes administratifs de nature spéciale, qui seraient les actes discrétionnaires.

Les opinions de M. Hauriou, en cette matière, semblent s'être modifiées comme la jurisprudence elle-même. Avant 1900, le Conseil d'État, sous l'influence de la loi du 24 mai 1872, gêné en quelque façon dans son contrôle administratif par ses pouvoirs

de justice déléguée, restreignait l'admission du recours pour excès de pouvoir, ce qui aboutissait à rendre plus longue la liste des actes discrétionnaires absolus. Or, dans les premières éditions de son traité, M. Hauriou reconnaissait l'existence de ces actes; il disait en 1897 (*Trailé*, 3^e éd., p. 287) :

« Les actes d'administration discrétionnaire ou actes de
« pure administration, ou encore actes de haute adminis-
« tration, sont ceux contre lesquels le recours pour excès de
« pouvoir est recevable en principe, mais contre lesquels
« il ne saurait être intenté du chef de la violation de la loi
« et des droits acquis. »

Depuis 1900, on l'a remarqué, le recours pour excès de pouvoir a pris, dans la jurisprudence, un nouvel essor; grâce à cette arme puissante, le Conseil d'État porte son contrôle au moins aussi loin que sous le régime de la justice retenue (1852-1872). M. Hauriou en tire cette conclusion qu'il n'existe plus d'actes discrétionnaires. C'est dans notre arrêt *Grazietti* que sa théorie est le plus fortement exprimée (S. 1903.3.114) :

« En formulant ce prétendu principe général : les motifs
« d'un décret de dissolution de Conseil municipal, pris en
« vertu des pouvoirs conférés au chef de l'État, ne peuvent
« être discutés par la voie contentieuse, — le Conseil d'État
« a obéi une fois de plus au préjugé des actes discrétion-
« naires. L'arrêtiste du recueil *Lebon* ne le dissimule pas :
« L'arrêt rapporté ne fait pas échec à la jurisprudence qui
« décide que les motifs des actes discrétionnaires échappent

« au recours contentieux, il rappelle encore expressément
« le principe, mais..... » Ainsi il s'agit bien du fantôme des
« actes discrétionnaires, dont on a beau démontrer l'inanité
« et qui hante toujours les esprits. Il y a des morts qu'il
« faut qu'on tue. Il n'y a pas d'actes discrétionnaires; il y a
« un certain pouvoir discrétionnaire de l'Administration,
« qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes, et qui
« est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité
« des mesures administratives. Ce pouvoir est discrétion-
« naire parce que le juge administratif n'est pas juge de
« l'opportunité..... (p. 114, colonne 3). En somme, la préten-
« due impossibilité de discuter les motifs n'a été qu'une
« étape à laquelle la jurisprudence s'est arrêtée, il y a une
« vingtaine d'années. »

Enfin l'éminent auteur remarque (p. 114, colonne 4)
que la formule « motifs non susceptibles de recours
contentieux » n'est usitée par les arrêts que « dans
« les cas où il n'y avait en question que des motifs
« d'opportunité, de sorte qu'au fond, la jurisprudence
« suit bien la direction que nous avons indiquée. Elle
« ne refuse au juge que l'appréciation de l'oppor-
« tunité. Seulement elle emploie une mauvaise for-
« mule. »

Pareillement, dans les dernières éditions de son
traité, M. Hauriou soutient la même thèse. A la
page 444 de sa 6^e édition (1907) et à la page 439
de la 7^e (1911), parlant des actes qui organisent de
nouveaux services, et qui échappent de ce fait à
tout recours, parce que nul n'a intérêt à les attaquer,
il déclare : « *Il ne faudrait pas croire que ces actes*

« échappent au recours pour excès de pouvoir comme
« n'étant pas de nature à faire grief : souvent, c'est
« uniquement à raison des circonstances dans lesquelles
« ils interviennent. » A la page 436 de la 7^e édition,
on peut lire : « Les actes discrétionnaires évoquaient
« l'idée d'un pouvoir arbitraire de l'administration
« dans une matière qui, par ailleurs, aurait pu être
« contentieuse. D'ailleurs, cette catégorie a disparu. »

Or, c'est là une assertion à laquelle il nous est impossible de souscrire, étant donné l'état présent de la jurisprudence. L'examen de cette question sera l'objet de la conclusion de cette étude ; nous y ferons aussi quelques remarques sur le détournement de pouvoir.

CONCLUSION

Y a-t-il une catégorie spéciale d'actes administratifs : les actes discrétionnaires? — Le Conseil d'Etat, par le recours pour détournement de pouvoir, apprécie-t-il l'opportunité des actes administratifs au point de vue de la bonne administration?

A ces deux questions nous répondrons affirmativement. Il nous paraît bien qu'il y a des actes de nature discrétionnaire, c'est-à-dire, comme nous l'avons exposé plus haut, qui nécessitent chez leur auteur, un pouvoir de libre appréciation. Tous les actes qui sont le résultat d'une telle appréciation, et qui, de ce fait, ne peuvent léser que des intérêts, sont discrétionnaires. Or, cette catégorie est limitée; tous les actes de cette catégorie n'offrent pas ce caractère au même degré, mais tous du moins ont ceci de commun qu'ils se distinguent radicalement de quantité d'actes administratifs qui, eux, n'ont rien de discrétionnaire. Nous nous permettons sur ce point de ne pas suivre l'opinion de deux savants professeurs : MM. Hauriou et Michoud. Le premier, dans sa note sur l'arrêt *Grazietti*, déclare, nous l'avons

vu, que le caractère discrétionnaire se retrouve plus ou moins dans tous les actes administratifs.

Le second soutient la même opinion; il s'exprime ainsi dans son étude précitée, page 10 : « Il (le pouvoir discrétionnaire) existe enfin, à titre de fait « normal et habituel dans la fonction gouvernementale « et administrative, c'est-à-dire dans celle qui est « principalement confiée au pouvoir dit exécutif. « Les actes de ce pouvoir contiennent tous une « certaine part d'appréciation discrétionnaire.» Et page 18 : « Il résulte de ces explications que le pouvoir « discrétionnaire existe, mais à un degré différent, « dans *tous* les actes de l'Administration...» Enfin page 19, note : « Il vaut mieux abandonner le mot, « puisque *tous* les actes de l'administration renferment un élément discrétionnaire.»

Nous pensons au contraire qu'il y a une foule d'actes que l'Administration doit accomplir sans aucune appréciation de sa part : tels sont, tout d'abord, les actes de commandement ou d'autorité relatifs à la défense nationale, aux impôts, et certains actes réglementaires. Ainsi le maire doit faire un règlement sanitaire; le préfet doit rendre exécutoire les rôles de l'impôt, et l'Administration doit percevoir les impôts; elle doit inscrire sur les listes du recrutement de l'armée tous les jeunes gens soumis aux obligations militaires. Le fait que l'omission de tels actes n'ouvre aucun recours, ne prouve pas qu'ils soient

discrétionnaires, il prouve seulement que nul citoyen n'a un intérêt suffisant pour demander que l'Administration accomplisse sa mission, il n'y a que la société qui soit lésée par sa négligence.

Pareillement, l'Administration ne jouit d'aucun pouvoir discrétionnaire dans l'octroi ou le refus des permis de chasse (Loi du 3 mai 1844), des permis d'entrepôt fictif (Ordonnance du 9 décembre 1814-41), des autorisations demandées pour créer des sociétés de secours mutuels (Loi du 1^{er} avril 1898, art. 16), des alignements individuels; des communications de listes électorales, etc..... Tous ces actes sont obligatoires pour l'Administration, dès lors que celui qui lui demande de les accomplir remplit les conditions exigées par la loi dans des textes précis et limitatifs, qui ne laissent aucun pouvoir d'appréciation à l'Administration. Elle ne garde même pas ce « choix de l'heure » dont parle M. Michoud (*op. cit.*, pp. 11 et 57); il est presque annihilé en cette matière par la loi d 17 juillet 1900. Le savant professeur de la faculté de Grenoble le reconnaît lui-même (*op. cit.*, p. 57, note 2) : « On doit remarquer, dit-il, que la « disposition de la loi du 17 juillet 1900, sur le silence « de l'Administration, en assimilant à un acte positif « le silence gardé par elle pendant 4 mois sur une « réclamation, supprime aujourd'hui le moyen le « plus redoutable qu'elle avait pour abuser de son « pouvoir d'abstention. »

Le pouvoir discrétionnaire se trouve donc exclusivement dans une certaine catégorie d'actes. Cela ne suffit-il pas pour faire reconnaître l'existence séparée des actes discrétionnaires? Le Conseil d'État est de cet avis; c'est d'après sa jurisprudence que nous avons essayé d'en dresser la liste.

Bien entendu, tous ne présentent pas au même degré ce caractère. Certains actes sont absolument discrétionnaires; les recours dirigés contre eux sont déclarés irrecevables, même si l'on invoque à l'appui de ces recours un détournement de pouvoir démontré. Parmi les actes relatifs aux citoyens, font partie de cette catégorie : les dissolutions de congrégations religieuses, les actes de police nécessités par l'urgence, les refus de permissions de voirie, les actes de pure faveur (remise ou modération d'impôts directs, naturalisation, concession de mines).

Parmi les actes relatifs aux fonctionnaires, nous avons rangé dans ce groupe : les actes d'organisation intérieure des services (règlement touchant le tour de service d'un bataillon en campagne), les actes de pure faveur (décorations, gratifications, congés de faveur), certaines révocations, les refus de démission.

Les autres actes discrétionnaires touchant les citoyens ou les fonctionnaires, — et tous les actes relatifs aux administrations locales, sont annulables; le Conseil d'État en examine les motifs au point de

vue de l'usage qui a été fait du pouvoir d'appréciation ; et, si les motifs sont l'indice d'un détournement de pouvoir, il n'hésite pas à prononcer l'annulation de l'acte.

D'ailleurs, nous ne faisons aucune difficulté pour reconnaître que le Conseil d'État tend à réduire le nombre des actes absolument discrétionnaires. Bien peu d'actes, aujourd'hui, échappent au recours pour excès de pouvoir ; les permissions de voirie ne peuvent plus aujourd'hui être refusées sur les cours d'eau non navigables que pour des motifs tirés de « la « nécessité de prévenir les inondations, et de con-
« server aux eaux leur écoulement naturel. » (Cons. d'Ét., *Pagès*, 22 mars 1901). De même pour les cours d'eau navigables : seul l'intérêt de la navigation peut motiver le refus d'autorisation (Cons. d'Ét. : *Société de vidanges et d'assainissement*, etc., 13 mars 1908).

Depuis l'arrêt *Berrest* (20 mai 1904), le Conseil d'État déclare recevables les recours dirigés par les sous-officiers contre les classements opérés par la commission prévue par l'article 70 de la loi du 21 mars 1905 en vue de leur admission ultérieure à certains emplois civils.

A partir de 1830, le Conseil d'État se mit à annuler les mesures disciplinaires entachées de vice de forme ou d'incompétence, et, depuis 1900, de détournement de pouvoir. (Cons. d'Ét. : *Maugras*, 16 novembre 1900).

Depuis les arrêts *Lot et Molinier* (11 décembre 1903), et *Alcindor* (1^{er} juin 1906 et 27 novembre 1908), le Conseil d'État admet les recours formés par des fonctionnaires, même non directement intéressés, et dirigés contre toutes les nominations contraires aux lois ou aux règlements. En outre, depuis l'arrêt *Lacourte* (15 février 1907), non seulement il admet les recours contre les révocations illégales ou même simplement abusives, mais il indemnise les fonctionnaires qui en sont victimes.

Enfin, dans la catégorie des actes de tutelle administrative, bien peu sont aujourd'hui discrétionnaires. Depuis l'arrêt *Grazietti* (31 janvier 1902), les dissolutions de conseils municipaux peuvent être annulées par le Conseil d'État; depuis l'arrêt *Commune de Boujailles* (10 mars 1911), les conseils municipaux peuvent introduire devant le Conseil d'État un recours direct contre les refus des préfets d'approuver leurs délibérations.

Après cette revue sommaire des principaux traits de la jurisprudence actuelle, il nous paraît prématuré de dire avec MM. Hauriou, Michoud, Duguit (*Les transformations du droit public*, p. 211), qu'il n'y a plus d'actes discrétionnaires. On peut même lire dans l'Étude précitée de M. Michoud la remarque suivante, qui vient à l'appui de notre thèse : (p 19) « M. Duguit, dans son dernier ouvrage, a pu dire « qu'en France l'acte discrétionnaire appartient au

« passé et qu'il n'en existe plus dans le droit d'aujourd'hui. *Si cela n'est pas encore tout à fait vrai en jurisprudence, c'est du moins la conviction de presque tous les auteurs récents, et il est à croire que cette conviction finira par s'imposer au Conseil d'Etat d'une manière absolue.* » M. Michoud reconnaît donc que, dans l'état actuel de la jurisprudence, il existe encore des actes discrétionnaires. C'est pourquoi nous ne pouvons souscrire aux déclarations de M. Helbronner, commissaire du gouvernement dans l'affaire *Bouteyre*, en 1912 (D. 14.3.75, colonne 2) :

« La théorie de l'acte discrétionnaire est aujourd'hui abandonnée, et il n'y a plus guère d'acte administratif qui échappe à votre contrôle. Vous en êtes arrivés à restreindre le sens des mots pouvoir discrétionnaire à ceci : c'est un plein pouvoir d'appréciation pour celui qui en est investi, à condition qu'il l'exerce légalement et dans le but pour lequel il a été créé. Les conditions dans lesquelles il s'exerce échappent en principe au pouvoir du juge, à moins qu'elles ne constituent un détournement de pouvoir. »

Les derniers mots de cette citation appellent une remarque. Est-il vrai de dire, avec M. Helbronner que « les conditions dans lesquelles s'exerce le pouvoir discrétionnaire échappent au juge à moins qu'elles ne constituent un détournement de pouvoir ? » Nous ne le croyons pas, malgré l'autorité de M. Michoud, pour qui la question du détournement de pouvoirs est une question de pure légalité. D'après

le savant professeur, le Conseil d'État est incompétent pour apprécier *l'exercice* du pouvoir discrétionnaire; et quand il annule un acte dont les motifs sont entachés de détournement de pouvoir, il ne fait encore que contrôler les *limites* de ce pouvoir, car c'est à cela seulement que se borne sa compétence (*op. cit.*, pp. 85, 108 et 109).

Nous préférons adopter l'opinion contraire, exposée par trois auteurs, cités par M. Michoud lui-même. (*Op. cit.*, p. 32) : Ce sont MM. Hauriou, dans sa note sous l'arrêt *Casanova* (S. 01.3.73), — M. Le Fur (*Revue générale de l'Administration*, 1911, I, 388), — M. Du-guit (*Transformations du droit public*, p. 211).

D'après ces savants auteurs, dont nous partageons les opinions à cet égard, le Conseil d'État, quand il prononce une annulation pour détournement de pouvoir, ne se contente pas de dire : « Cet acte a des « motifs illégaux et étrangers à l'Administration, « parce qu'il a été fait en vue, soit de trancher une « question de propriété, soit de procurer à l'État ou « à la commune des ressources fiscales, soit de favo- « riser les intérêts de certains particuliers, soit, « enfin, en vue de satisfaire les caprices ou opinions « de son auteur »; — il va plus loin, il dit : « cet acte est inopportun », et il l'annule, non parce que son auteur, en l'accomplissant, a usé de ses pouvoirs dans un « but autre que celui en vue duquel ils lui avaient été conférés », mais parce que cet acte était

maladroit et de mauvaise politique administrative.

Ce n'est pas ici le genre de contrôle qu'un juge exerce en se prononçant sur la légalité d'un acte, c'est un contrôle de supérieur hiérarchique, qui se place au point de vue de la bonne administration. Selon les paroles de M. Teissier, commissaire du gouvernement dans l'affaire *Marc* (citées par M. Michoud, *op. cit.*, p. 35) : « Dans cet ordre d'idées, « il faut bien le reconnaître, votre mission apparaît « plus comme un *contrôle administratif supérieur* « exercé *a posteriori* en la forme judiciaire, que « comme un contentieux à proprement parler dans « le sens ancien et étroit de ce mot. »

En effet, le Conseil d'État est-il guidé, en cette matière, par des principes juridiques, permanents de leur nature, et indépendants des contingences? En un mot, quand il annule un acte comme entaché d'excès de pouvoir, agit-il à l'instar d'un tribunal de l'ordre judiciaire? — Nullement. — Il ne faut pas oublier que le recours en annulation est de nature gracieuse, et que, saisi d'un tel recours, le Conseil d'État se souvient toujours qu'il est lui-même un conseil de gouvernement plutôt qu'un vrai tribunal. Ne nous y trompons pas, en cette matière il crée le droit, il agit comme le préteur romain, et sa jurisprudence n'est en rien comparable à la jurisprudence judiciaire. Celle-ci, en effet, lorsqu'elle supplée au silence de la loi, ou se substitue à elle, prétend tou-

jours se borner à faire l'application à des espèces particulières, des principes généraux du droit, qui, pour n'être écrits nulle part, n'en sont pas moins indiscutés, et surtout invariables.

Au contraire, le Conseil d'État, jugeant en excès de pouvoirs, n'est pas lié par des textes ou par des principes fixes et permanents, mais guidé par des vues d'utilité sociale, d'opportunité, de bonne administration qui changent au cours du temps, avec les grands courants d'opinion.

Comment expliquer autrement l'arrêt Casanova? Comment expliquer, surtout, tant de revirements de jurisprudence effectués dans des sens divergents? — En matière d'hygiène et de salubrité, l'évolution de la jurisprudence a tendu à renforcer les pouvoirs de l'Administration; en 1885 (arrêt *Vignet*), le Conseil d'État déclare que le préfet de police n'a pas le droit de soumettre les rûchers, pour le passé et pour l'avenir, à une autorisation; de même en 1898 (*Nonalhier*), il pose en principe qu'une personne peut recueillir et soigner chez elle des tuberculeux, le maire de la ville n'a pas le droit de le lui interdire. Mais, à l'inverse, dès 1897 (*Ville de Dax*), il reconnaît à un préfet le droit d'interdire les courses de taureaux; en 1908 (arrêt *Marc*), et en 1909 (arrêt *Vial*) il laisse aux préfets de la Seine et du Rhône les plus larges pouvoirs dans la confection des règlements sanitaires de Paris et de Lyon; désormais, la sacro-

sainte liberté de l'industrie et de la propriété passe après l'intérêt de la santé publique, lequel est déclaré « primordial ». Enfin, en 1909 (*Gay*), le Conseil d'État déclare que le maire de Marseille avait le droit de prescrire la désinfection des effets et des locaux contaminés par un malade atteint d'une maladie transmissible. — Comment nier que le Conseil d'État ne fait ici que suivre l'opinion publique, devenue plus exigeante sous le rapport de l'hygiène ?

Comme le dit M. Hauriou à propos de l'arrêt Marc : dans ces affaires, « le juge agit comme une autorité administrative, plutôt qu'il ne tranche un litige. Selon une autre formule, il y a là un « mélange d'administration et de contentieux. » (M. Romieu, commissaire du gouvernement dans l'affaire *Jacquin*, sur le repos hebdomadaire, D. 07.3.1).

Même évolution de la jurisprudence, dans le sens du renforcement des pouvoirs administratifs en matière d'établissements insalubres.

L'arrêt *Bourgain-Sellier* (28 juin 1911) permet d'interdire la création d'une usine par crainte de contaminer les sources. Or, ce motif d'interdiction n'est pas prévu par les décrets du 15 octobre 1810 et 3 mai 1886.

D'ailleurs, dans toute cette matière, le Conseil d'État apprécie en détail les résultats des enquêtes. Comme le dit excellemment Batbie (*Traité*, supplément, année 1885, p. 58), à propos de l'arrêt *commune*

de Dorat (9 janvier 1885), « on voit qu'en matière « d'établissements insalubres, le Conseil d'État apprécie et juge les questions de salubrité et de police « qui, en règle générale, échappent à la discussion « par la voie contentieuse ». Le Conseil d'État apprécie les exigences de l'intérêt général. Est-ce là le rôle d'un juge ?

Une évolution inverse s'est produite dans la jurisprudence sur les permissions de voirie, relatives aux cours d'eau. Après avoir toléré des refus de permissions, manifestement inspirés par le désir d'obtenir des redevances plus fortes, ou de créer un monopole au profit d'un particulier ou de régler une question de propriété (arrêts *Compagnie centrale du gaz* (1880); *Bonhomme* (1885); *Société mutuelle d'électricité de Neuilly* (1903), — le Conseil d'État, en 1908, annule un refus de laisser stationner un bateau sur une rivière, parce que ce refus n'avait pas pour but l'intérêt de la navigation (*Société de vidanges et d'assainissement des propriétaires rouennais*, 13 mars 1908). Et il est permis de voir dans cet arrêt le début d'une jurisprudence qui s'étendra à toutes les permissions de voirie.

Voilà donc deux exemples d'évolution divergente dans la jurisprudence. Il est impossible de prétendre que les mêmes principes ont guidé le Conseil d'État dans les deux cas. Ce ne peuvent donc pas être des principes juridiques, que ceux qui aboutissent à des

solutions variables selon les cas, et qui changent dans l'espace de vingt ans. Non, ce sont des préoccupations d'opportunité. Le Conseil d'État est soucieux du bon renom de l'Administration. Il n'est plus ici un tribunal, mais « le chef hiérarchique suprême de toute l'Administration française (M. Jacquelin à son cours).

Il est donc vrai de dire avec M. Le Fur que « l'opposition classique entre l'opportunité et la légalité est aujourd'hui débordée par les faits. » (*Revue générale d'administration*, 1911, I.388). Nous souscrivons entièrement aux remarques de M. Hauriou dans sa note sous l'arrêt Casanova (S. 01.3.73) :

« Le recours pour excès de pouvoir, depuis quelques années, risquait de s'immobiliser dans le contrôle de la « légalité; le Conseil d'État perdait ainsi peu à peu de sa « haute situation; il devenait un juge comme les autres, « chargé d'assurer l'application de la loi. Par un coup de « barre hardi, le recours pour excès de pouvoir revient à ce « qu'il fut toujours essentiellement : un moyen de bonne « administration, et il y revient par le pouvoir d'appréciation qui est inséparable de l'Administration active. Le « Conseil d'État reprend du coup son véritable rôle, qui est « non pas celui d'un juge chargé uniquement d'assurer « l'application des lois, mais celui d'un juge chargé d'assurer la bonne administration. Et cela n'est point la même « chose, car la bonne administration ne se décrète point « par des textes, même les plus soigneusement rédigés. »

Seulement, quand l'éminent professeur conclut de là qu'il n'y a plus d'actes discrétionnaires, nous

ne pouvons plus le suivre. Nous pensons comme lui que le détournement de pouvoir implique le contrôle de l'opportunité.

Mais nous croyons en même temps à l'existence d'actes discrétionnaires par nature. — Cela n'est-il pas contradictoire? — Nullement, et voici comment on peut concilier ces deux thèses : C'est justement parce que le détournement de pouvoir implique l'immixtion dans l'opportunité et la bonne administration, que le Conseil d'État, dans la crainte d'entraver l'action administrative, n'ose pas admettre ce chef d'annulation contre certains actes, que nous appelons pour ce motif : actes absolument discrétionnaires. Nous avons essayé de montrer qu'il existait encore de tels actes. Nous n'y reviendrons pas. Ce que nous prétendons seulement, c'est que l'une des raisons de leur survivance, à l'heure actuelle, réside précisément dans la théorie du détournement de pouvoir telle que l'applique le Conseil d'État.

Bien entendu, nous sommes les premiers à reconnaître que la jurisprudence tend à supprimer la catégorie des actes discrétionnaires, ce qui sera chose faite quand le Conseil d'État n'aura plus de scrupule à leur appliquer le contrôle du détournement de pouvoir. Alors il ne restera plus que les actes de gouvernement qui soient à l'abri du contrôle juridictionnel.

Mais c'est ce que certains auteurs, MM. Michoud

et Brémond, ne veulent pas admettre : ils nient l'existence des actes de gouvernement. D'après eux, ce qu'on appelle ainsi, ce sont simplement des actes discrétionnaires que personne n'a intérêt à attaquer.

Ce n'est pas ici le lieu de discuter à fond cette théorie. Bornons-nous à remarquer qu'elle est difficile à admettre, parce qu'il y a une foule d'actes que des citoyens ou des personnes morales auraient intérêt à attaquer, et que cependant le Conseil d'État refuse d'examiner, à raison de leur caractère gouvernemental. Notons surtout, que la théorie négative des actes de gouvernement va à l'encontre du but poursuivi par ses auteurs. Ils voudraient que nul acte du pouvoir exécutif n'échappât au contrôle de la juridiction administrative.

En réalité, cela est impossible. L'intérêt public lui-même exige impérieusement que certains actes soient soustraits à toute discussion. De la sorte, une théorie négative des actes de gouvernement aboutirait à rendre plus longue la liste des actes discrétionnaires absolus, contre lesquels le recours pour excès de pouvoir ne serait pas recevable. Et cela amènerait très probablement une restriction dans l'admission du recours à l'égard de tous les autres actes. Comme le dit excellemment M. Hauriou, « ce « serait arrêter l'essor du recours pour excès de pouvoir dans les matières discrétionnaires ». (Note sous l'arrêt *Gugel*, S. 95.3.41).

Nous pensons avec M. Hauriou, qu'il vaut mieux abandonner le domaine gouvernemental à l'arbitraire de l'exécutif, quitte à lui soustraire de plus en plus complètement, par le recours pour excès de pouvoir, le domaine discrétionnaire.

LU ET APPROUVÉ : *Le Président de la Thèse,*
RENÉ JACQUELIN.

VU : *Le Doyen,*
F. LARNAUDE

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

- AUCOC *Conférences*, T. I. 1869.
- BAHUET *Le détournement de pouvoir*. Thèse, Paris, 1912.
- BATBIE *Traité de droit public et administratif*, T. 7 et 8 (V^o Usines).
- BÉQUET Répertoire, V^{is} *Contentieux administratif* (LÉON BÉQUET); *Droit administratif* (HAURIOU); *Décentralisation* (HAURIOU); *Retraites (pensions de)* (TARDIEU); *Voirie terrestre* (TARDIEU); *Voirie fluviale* (DE TARDE).
- BERTHÉLÉMY *Traité élémentaire*.
- BLANCHET *Concessions de mines*. Thèse, Paris 1914, T. 21.
- ADOLPHE CHAUVEAU *Principes de compétence et de juridiction administrative*. T. I. 1841.
- DE CORMENIN *Questions de droit administratif*, 4^e éd., 1837.
- DALLOZ *Code des lois administratives*.
— *Recueil périodique de jurisprudence*.
- DARESTE *La justice administrative en France*, 1862 et 1898.
- PIERRE DARESTE ... *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*. Paris, 1914, Challamel.

- DUFOUR-TAUDIÈRE . *Traité*, T. I.
- DUGUIT..... *Les transformations du droit public*.
Paris, 1913, Colin éd.
- FUZIER-HERMANN .. Répertoire, V^{ls} *Etablissements dan-*
gereux. Compétence administrative
(N^o 800).
- FOUCART *Eléments de droit public et adminis-*
tratif, 1843, T. I, 173. T. III, 265.
- GRACH *Les limites des pouvoirs des tribunaux*
administratifs sur les actes de
l'administration. Thèse, Paris, 1912.
- HAURIOU *Traité*.— Notes de jurisprudence dans
le *Sirey*.
- JACQUELIN *Une conception d'ensemble du droit*
administratif. Brochure, Paris 1899.
Giard éd.
- *Les principes dominants du conten-*
tieux administratif, Paris, 1899.
- *L'évolution de la procédure adminis-*
trative. Paris 1903.
- LAFERRIÈRE *Traité de la juridiction administrative*
et des recours contentieux, 2 v.,
1887 et 1896.
- R. VON LAUN *Das freie Ermessen und seine Gre-*
nzen, 1910.
- LEBON *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*.
- LÉON MARIE *Le droit positif et la juridiction admi-*
nistrative, T. II, 362, Paris 1903.
- MICHOUD *Etude sur le pouvoir discrétionnaire*
de l'administration, Paris 1913,
Librairie générale de droit et de
jurisprudence.

- JULES RENAULT . . . *Des actes discrétionnaires*, Thèse,
Paris 1899.
- SERRIGNY *Traité de la compétence et de la pro-
cédure en matière contentieuse admi-
nistrative dans leurs rapports avec
le droit civil*, 1842 et 1885.
- SIREY *Recueil périodique*.
- USSING *Le contentieux administratif et la
juridiction administrative* (Trad.
Dareste), Copenhague 1902, Høst.
éditeur.
- VIVIEN *Etudes administratives*, 1852.
-

TABLE DES MATIÈRES

Pages

PREMIÈRE PARTIE

Les Doctrines relatives aux Actes d'administration discrétionnaire

- § 1. — Le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir limité de l'Administration et distinction entre le droit violé et l'intérêt lésé 1
- § 2. — Quand y a-t-il droit violé au sens administratif 17
- § 3. — La distinction du droit violé et de l'intérêt lésé est classique en droit administratif. Elle est admise par la majorité des auteurs 22
- § 4. — Analyse du pouvoir discrétionnaire 32

DEUXIÈME PARTIE

La Jurisprudence relative aux Actes d'administration discrétionnaire

I. — ACTES DISCRÉTIONNAIRES RELATIFS AUX PARTICULIERS

A. — Actes entièrement discrétionnaires

1. — Actes relatifs à l'organisation interne des services 46
2. — Dissolutions de congrégations religieuses 51
3. — Actes discrétionnaires, à raison de l'urgence.. 54
4. — Mesures de haute police administrative 56
5. — Actes de délimitation du domaine fluvial et maritime 57

B. — *Actes discrétionnaires*
à un haut degré, mais que l'administration ne peut
accomplir que sur la demande d'un particulier

1. — Actes de pure faveur	58
a) Demandes en remise ou modération de taxes.	58
b) Refus de gratifications, décorations, congés.	59
c) Naturalisation et retraits de naturalisation ..	60
d) Concessions de mines	61
e) Retraits de concessions de mines	65
2. — Refus et retraits de permissions de voirie	65
3. Permissions autorisant un usage des cours d'eau contraire à leur destination naturelle	73

C. — *Actes de police*

1. — Police de l'hygiène et de la sécurité	77
2. — Police des cultes	83
3. — Police de la voirie fluviale	87
4. — Police de la voirie urbaine	88
5. — Actes de police provoqués par les demandes des particuliers et consistant en autorisations et refus d'autorisations	89
a) Sources minérales	89
b) Établissements insalubres	90

D. — *Permis et autorisations que l'Administration a
le devoir d'accorder dès lors que celui qui les demande
réunit les conditions légales, dont l'Administration
est d'ailleurs chargée elle-même de vérifier l'existence.*

II. — ACTES DISCRÉTIONNAIRES RELATIFS
AUX FONCTIONNAIRES

1. — Actes d'organisation intérieure	98
2. — Cas exceptionnels de nominations et révo- cations absolument discrétionnaires.....	99

3. — Mesures de faveur relatives aux fonctionnaires	102
4. — Suppressions d'offices ministériels et règlement de l'indemnité due au titulaire dépossédé, ou à ses héritiers, par les autres officiers ministériels du même ressort	103
5. — Refus d'accepter la démission de certains fonctionnaires	105
6. — Décisions de la commission de classement des sous-officiers rengagés en vue de leur admission à certains emplois	106
7. — Actes disciplinaires	107
8. — Admission et mise à la retraite. Maintien en activité jusqu'à la délivrance du brevet de pension	113
9. — Liquidation de la pension	116
10. — Nominations	119
11. — Révocations	120

III. — ACTES DISCRÉTIONNAIRES

RELATIFS AUX UNITÉS ADMINISTRATIVES INFÉRIEURES

1. — Inscription d'office au budget communal	124
2. — Sanctions des peines disciplinaires prononcées par le maire	126
3. — Approbation des délibérations des conseils municipaux	128
4. — Révocations de maires et dissolutions de conseils municipaux	131
CONCLUSION	137
BIBLIOGRAPHIE	153

PITHIVIERS. — IMP. DU RECUEIL SIREY. — 9915.

PITHIVIERS. — IMP. DU RECUEIL SIREY. — 9915
